

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS
DE ATTILA JOZSEF NOMINATAE

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XLIV.
Fasciculus 2.

ELEMÉR BALOGH

**Die Verdachtsstrafe als Erscheinungsform
der Schuldvermutung**

Szeged, 1993

Edit

Comissio Scientiae Studiorum Facultatis Scientiarum Politicarum et Juridicarum
Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae

JÓZSEF BALÁZS, ELEMÉR BALOGH, LAJOS BESENYEI, EMESE ÉGETŐ,
JENŐ KALTENBACH, IMRE MOLNÁR, FERENC NAGY, KÁROLY NAGY,
PÉTER PACZOLAY, BÉLA POKOL, JÓZSEF RUSZOLY,
ISTVÁN SZENTPÉTERY, JÓZSEF VERES

Redigit
KÁROLY TÓTH

Nota
Acta Jur. et Pol. Szeged

Kiadja

a szegedi József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának
tudományos bizottsága

BALÁZS JÓZSEF, BALOGH ELEMÉR, BESENYEI LAJOS, ÉGETŐ EMESE,
KALTENBACH JENŐ, MOLNÁR IMRE, NAGY FERENC, NAGY KÁROLY,
PACZOLAY PÉTER, POKOL BÉLA, RUSZOLY JÓZSEF,
SZENTPÉTERY ISTVÁN, VERES JÓZSEF

Szerkeszti
TÓTH KÁROLY

Kiadványunk rövidítése
Acta Jur. et Pol. Szeged

ISSN 0324-6523

Meiner Frau
und
meinen Eltern

Feleségemnek és szüleimnek

VORWORT

Als Assistent des Lehrstuhls für Rechtsgeschichte der Universität Szeged bin ich nach Freiburg gekommen, um die Hauptzüge der deutschen Strafrechtswissenschaft am Anfang des 19. Jahrhunderts zu erforschen. Auf Anregung von Herrn Prof. Dr. Hinrich Rüping (Hannover) beschäftigte ich mich bald eingehend mit der Problematik der Verdachtsstrafe. Aus dieser Quelle ist die vorliegende Arbeit entsprungen, die im Sommersemester 1992 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen worden ist.

Die Besonderheit dieses Themas besteht darin, daß es zwei Rechtsgebiete - die Rechtsgeschichte und das Strafrecht - umfaßt. Es war mir eine unschätzbare Hilfe, daß Herr Prof. Dr. Karl Kroeschell - in dessen rechtshistorischen Seminaren ich sehr viel gelernt habe - und Herr Prof. Dr. René Bloy mir stets mit ihren wertvollen Ratschlägen und Hinweisen zur Seite gestanden haben.

Ich bester Erinnerung behalte ich auch die hilfsbereiten Mitarbeiter des Lesesaals 1 und des Sonderlesesaals der Universitätsbibliothek Freiburg. Mein besonderer Dank gilt den Bemühungen von Frau Angela Kuder und Frau Luise Aguirre, sowie Herrn Ruppert Schmolke, die mein Manuskript gründlich gelesen und sprachlich geglättet haben.

In besonderem Maße bin ich der Friedrich-Naumann-Stiftung zu Dank verpflichtet, als deren Stipendiat ich meine ganze Kraft der wissenschaftlichen Arbeit widmen konnte. Diese Stiftung hat auch die Veröffentlichung dieser Arbeit großzügig unterstützt.

Dank schulde ich ferner der Wissenschaftlichen Kommission der Juristischen Fakultät der Attila-József-Universität für die Aufnahme der Schrift in die Reihe der *Acta Jur. et Pol. Szeged*. Eine bestimmte Anzahl dieser Schrift erscheint - als eine Mutation - mit dem von der Albert-Ludwigs-Universität vorgeschriebenen inneren Titelblatt, sowie dessen Rückseite und mit dem ursprünglichen Untertitel der Abhandlung.

An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit nutzen, meinen Dank zu richten an meine Eltern, die mir die Inspiration gegeben haben, eine wissenschaftliche Laufbahn zu wählen, sowie an meine Frau, die es mir unter vielen Opfern ermöglicht hat, meine Zeit vollständig für diese Arbeit einzusetzen.

Szeged, im Mai 1993

Balogh Elemér

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ACrR	Archiv des Criminalrechts
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
Bibliothek	Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde
CCC	<i>Constitutio Criminalis Carolina</i> (1532) (zit. auch <i>Carolina</i> , bzw. in den Quellen PGO oder PHGO)
CCTh	<i>Constitutio Criminalis Theresiana</i> (1768) (zit. auch <i>Theresiana</i>)
CJBC	Codex Juris Bavarici Criminalis (1751)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
HPG	Helvetisches Peinliches Gesetzbuch (1799)
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
<i>Josephina</i>	Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung Josephs II. (1787)
KO	Allgemeine Kriminalordnung für die Preußischen Staaten (1805)
NACrR	Neues Archiv des Criminalrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NND	Neuer Nekrolog der Deutschen
Sammlung	Sammlung der Kurpfalz-Baierischen allgemeinen und besonderen Landesverordnungen
ZCrR	Zeitschrift für die Criminal-Rechts-Pflege
ZdSt	Zeitschrift für deutsches Strafverfahren
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

EINFÜHRUNG

Was heißt eigentlich Verdachtsstrafe? Wird im Strafprozeß wirklich die Unschuld oder etwa die Schuld vermutet? Diese "immergrünen" Fragen, deren Aktualität wohl nie verjährt, solange es menschliche Strafrechtspflege gibt, tauchen in der Praxis und in der Literatur immer wieder auf.¹ Das Ziel dieser Arbeit ist es, die geschichtlichen Grundlagen für ihre Beantwortung darzustellen. Es wird ein Zeitraum untersucht, in dem der Verdächtige noch "Dieb, Räuber, Mörder(in)" hieß, aber auch schon der Anspruch aufkam, ein entwickelteres Beweissystem zu schaffen. Der damals völlig offene Diskurs befaßte sich mit dem Problem: Welche Maßstäbe und Gesichtspunkte sind dazu tauglich, einen Verdächtigen als Überführten zu betrachten und mit einer Strafe zu belegen?

Zwischen Verdächtigen und Überführten ist im philosophischen Sinne in der Tat oft keine eindeutige Trennlinie zu ziehen; die durch zahlreiche objektive und subjektive Eigenschaften geprägten Indizien und Beweise abzuwägen, ist die unentbehrliche Aufgabe des Richters; seine Arbeit ist nicht zu computerisieren. Eben weil man immer gespürt hatte, daß der Rechtsspruch auch einen wichtigen menschlichen Faktor enthält, galt die Entscheidung über die Schuld eines Menschen durchaus als eine Frage, die die Autorität des Richteramts betrifft. In den vergangenen Jahrhunderten, als für die Beweisführung noch keine abstrakten, festen Grundlagen (im heutigen Verständnis) vorhanden waren, konnte sogar eine einzige Richterpersönlichkeit die Rechtsprechung des ganzen deutschen Reiches beeinflussen: Benedict Carpzow ist dafür ein hervorragendes Beispiel.²

Die Geschichte der Verdachtsstrafe ist zugleich die Geschichte der veränderten Auffassung über die richterliche Ermessensfreiheit.

Ganz global gesehen, sind drei Entwicklungsphasen zu unterscheiden:

a) Die "klassische" Epoche des gemeinen Rechts, etwa bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts. Seit dem Beginn der Rezeption des römischen Rechts und besonders dem Inkrafttreten der CCC (1532) sind zwar für den Richter bestimmte Beweisregeln gesetzt, die Möglichkeit zur Willkür durch die ausdrücklich erlaubte Analogie und die vielen arbiträren Strafen ist aber noch allzu groß. Diese Phase wird maßgeblich durch die Anwendung der Folter gekennzeichnet.

b) Die Übergangsperiode - ab Mitte des 18. Jahrhunderts bis etwa 1848. Diese rund hundert Jahre bilden zeitlich den Gegenstand der vorliegenden Arbeit. In dieser Zeit versucht man vor allem, die richterliche Willkür durch Entwicklung der gesetzlichen Beweistheorien zurückzudrängen. In der Beweisführung tritt eine erhebliche Rechtsunsicherheit infolge der Abschaffung der Folter auf. Man kann sich von den alten Beweisregeln und -gewohnheiten (trotz ihrer offensichtlichen Fehler) nicht lösen, ein neues, aufgrund abstrakt formulierten Prozeßrechts die freie richterliche Beweiswürdigung anerkennendes Beweissystem ist aber noch nicht geschaffen. Die Verdachtsstrafe ist ein

¹ Aktuell z.B. DORNSEIFER, S. 433: "Die Ausweitung der Strafbarkeitsgrenzen auf der Basis von Vorsatzvermutungen, die durch praktische Beweisschwierigkeiten motiviert sind, ist rechtsstaatlich bedenkliche Verdachtsstrafe."

² Vgl. KLEINHEYER/SCHRÖDER, S. 50 ff.

typisches Phänomen dieser Periode. Die Arbeit versucht, die Problematik der Verdachtsstrafe und deren essentiellen Zusammenhang mit der Schuldvermutung darzustellen.

c) Die Zeit der modernen Strafrechtspflege; sie beginnt etwa um 1848. Die damalige Revolutionswelle hatte auch den in der Aufklärung wurzelnden Grundlagen der neuen beweisrechtlichen Idee der freien Beweiswürdigung Auftrieb gegeben.

Die Arbeit ist in fünf Kapitel gegliedert. Das erste ist dem Rechtsinstitut der Verdachtsstrafe selbst gewidmet. Dort wird im ersten Teil das Verhältnis zwischen der außerordentlichen Strafe und der Verdachtsstrafe in seiner geschichtlichen Entwicklung untersucht; im zweiten Teil beschäftige ich mich mit dem Begriff der Verdachtsstrafe, dabei die Möglichkeit einer neuen dogmatischen Annäherung in ihrer Interpretation aufwerfend.

Im zweiten Kapitel werden die Sanktionsformen erörtert, die etwa zur gleichen Zeit mit der Verdachtsstrafe angewandt wurden und - wie etwa die Ungehorsamsstrafe, die Lügenstrafe - in ihrem Wesen der Verdachtsstrafe sehr nahe lagen. Die Verdachtsstrafe und diese Strafarten waren eigentlich demselben Grund entsprungen.

Das dritte Kapitel ist ein zentraler Teil der Arbeit; es stellt nämlich die damalige Preisfrage (1799/1800) über die Verdachtsstrafe dar, die bis heute in der Literatur nicht eingehend behandelt wurde.³

Den eigentlichen Grund für die Verdachtsstrafe bildete die sog. Schuldvermutung, d.h. ein Präjudiz, das den Verdächtigen im allgemeinen für den wirklichen Täter hielt. Die knappe Zusammenfassung der geschichtlichen Entwicklung der Schuldvermutung im deutschen Rechtsgebiet befindet sich im vierten Kapitel.

Nach den überwiegend dogmengeschichtlichen Teilen folgt zum Schluß ein paradigmatisches Kapitel. Hier wird ein konkretes (in der behandelten Epoche für strafwürdig gehaltenes) Verhalten - die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt - ausführlich analysiert. In seiner selbständigen Pönalisierung ist die ganze Problematik der Verdachtsstrafe gut aufzuzeigen.

³ SCHAFFSTEIN wertet nur die preisgekrönte Schrift von EISENHART kurz aus; vgl. ZStW 101(1989), S. 512-515.

1. Kapitel

Das Rechtsinstitut der Verdachtsstrafe

Die Bestrafung von Beschuldigten aufgrund bestimmter Indizien und Beweise, die eine volle Beweiskraft nicht erreichten, hat in der Strafrechtspflege der Menschheit wahrscheinlich immer eine Rolle gespielt. Das Urteil, daß der "Verbrecher" überführt worden ist, ist in vielen Fällen durchaus subjektiv. Der Grad der Gewißheit nämlich, auf dessen Grundlage der Verdächtige für den wirklichen Täter des vorliegenden Verbrechens gehalten werden darf und wonach man zu bestrafen pflegte, ist naturgemäß nicht rein objektiv zu definieren. Alle Beweise sind im Prinzip relativierbar.

Es gab neben dieser rechtsphilosophischen Überlegung auch einige praktischen Ursachen, die hier eine wichtige Rolle gespielt haben; dabei kann besonders der unbedingte Anspruch des Staates auf Vergeltung hervorgehoben werden.¹ Man ging davon aus, daß die Verbrechen für die Sicherheit des Staates bzw. das "gesunde" Leben der Gesellschaft und für die "Gott-gegebene" moralische Ordnung in einem Maße gefährlich sind, daß der Staat mit seiner vollen Gewalt berechtigt, sogar verpflichtet ist, diese "Übel" zu beseitigen.² Als Leitgedanke galt: Eher erträglich (oder: der kleinere Schaden) ist es, einen Unschuldigen zu bestrafen, als einen Schuldigen ohne Strafe laufen zu lassen. Aus alldem folgt, daß nicht nur der vollkommen überführte Verdächtige, sondern auch die vor Gericht gezogene Person, die nach der Beweisführung oder nach der subjektiven Überzeugung des Richters in einem bestimmten Grad³ verdächtig blieb, und der es nicht gelang, diesen Verdacht zu zerstreuen, mit einer Strafe zu rechnen hatte. Man hielt es für eine der wichtigsten Aufgaben des Staates, die gefährlichen Menschen aus der Gesellschaft zu "filtrieren" - und als solche Personen galten nicht nur die überführten Beschuldigten, sondern auch die höchst verdächtigen Inquisiten.

¹ Die ausnahmslose Anwesenheit des allmächtigen Staates in Kriminalsachen fing (im christlichen Europa) eigentlich erst seit dem hohen Mittelalter an; das altertümliche römische Recht hat lediglich die schweren, meistens die Gemeinde verletzenden Verbrechen für *crimina* erklärt. Vgl. MOMMSEN, S. 9 f.

² Vgl. MAUB, S. 110.

³ Im deutschen Inquisitionsprozeß galt als solcher Grad der sog. halbe Beweis, wie etwa das Bekenntnis eines Zeugen. Vgl. CJBC Teil 2, Kap. 10, § 10. Der Verfasser des Gesetzbuches formuliert folgenderweise: "Der halbgemacht- oder halbentkräftete Beweis... zieht entweder *torturam*, *juramentum purgatorium*, *absolutionem ab instantia vel observatione judiciali*, oder *poenam extraordinariam* gestalten Dingen nach sich." KREITTMAYR, Compendium, S. 556 f.

Die Bestrafung von Leuten, die nach der jeweiligen gesetzlichen Beweistheorie⁴ verdächtig gewesen sind, hat solange kein besonderes Problem verursacht, als die Strafjustiz nicht die Unschuld, sondern die Schuld des Betroffenen vermutet hat. Die Sanktion gegen die Verdächtigen war im allgemeinen milder als die Strafe, die gegen Überführte verhängt wurde.⁵

I. Die Entwicklung der außerordentlichen Strafe im Hinblick auf die Verdachtsstrafe

Es war in der zeitgenössischen Rechtsliteratur, den Wortgebrauch der Gesetzesformulierungen übernehmend, allgemein verbreitet, die Ausdrücke "Verdachtsstrafe" und "außerordentliche Strafe" synonym zu benutzen.⁶ So hieß es noch Anfang dieses Jahrhunderts: "Die außerordentliche oder Verdachtsstrafe des gemeinen Inquisitionsprozesses war die typische Strafe des unvollständigen Beweises, die Strafe der nicht voll bewiesenen Schuld des Angeklagten, der verdächtig eines Verbrechens dem Gemeinwohl gefährlich erschien."⁷ Der Standpunkt der heutigen Strafrechtsgeschichtswissenschaft ist wesentlich verändert: "Indessen sollte jedem Strafrechtshistoriker aufgrund auch nur oberflächlicher Kenntnis des gemeinen Rechts bekannt sein, daß Begriff und Funktion der »außerordentlichen Strafe« sehr viel weiter reichten und die Verdachtsstrafe nur ein einzelner Anwendungsfall der poena extraordinaria war, durch die die Kriminalisten seit jeher versucht hatten, sich von den strengen Fesseln des formalen Rechts zu befreien."⁸ Es ist daher schwierig festzustellen, wann es sich um eine Verdachtsstrafe handelt, wenn die Quellen den Ausdruck "außerordentliche Strafe" verwenden.

⁴ Die deutsche gemeinrechtliche Strafrechtspflege hat auch in ihrer späteren Phase (im 19. Jahrhundert bis etwa 1848) an eine bestimmte, gesetzlich fixierte Beweistheorie angeknüpft: "Das Gesetz kann bestimmte Regeln in der Art vorschreiben, daß es dem Richter angiebt, auf welche Beweismittel er das Strafurtheil bauen darf, welche Erfordernisse bei jedem Beweismittel vorhanden sein müssen, wenn darauf das Urtheil gebaut werden soll, und zwar so, daß die Richter absolut an diese Vorschriften gebunden sind und gar nicht verurtheilen dürfen, wenn nicht nach den gesetzlichen Beweisregeln Gewißheit vorhanden ist. Diese Ansicht liegt dem bayerischen Strafgesetzbuche, der preußischen, österreichischen Gesetzgebung und den neueren deutschen Entwürfen zum Grunde." MITTERMAIER, Lehre vom Beweise, S. 83.

⁵ Es war z.B. in der Regel nicht erlaubt, jemanden unter solchen Umständen zur Todesstrafe zu verurteilen. Vgl. KO § 408.

⁶ Der Ausdruck "Verdachtsstrafe" kam in den Rechtsquellen und in der Literatur bis zum Ende des 19. Jahrhunderts freilich nur sehr selten vor. Eine der ersten Erwähnungen (in Form: "Straff des Verdachts") ist im CJBC Teil 2, Kap. 10, § 9 zu lesen. Vgl. KREITTMAYR, Compendium, S. 542, 566.

⁷ ALLMANN, S. 1.

⁸ SCHAFFSTEIN, ZStW 101 (1989), S. 501.

1. Die *poena arbitraria* in der gemeinrechtlichen Doktrin

Es erscheint zunächst notwendig, die geschichtliche Entwicklung und Veränderung des Begriffes "außerordentliche Strafe" eingehender zu untersuchen, um den Unterschied zwischen *poena extraordinaria* und Verdachtsstrafe deutlich machen zu können.

Wo es in der Literatur um eine außerordentliche Strafe geht, verstand man darunter in der Regel eine arbiträre Strafe, d.h. eine willkürliche Strafe, die nach richterlichem Ermessen verhängt wird. Die zwei Begriffe (*poena arbitraria* - *poena extraordinaria*) sind in der gemeinrechtlichen Doktrin zwar synonym gebraucht worden, historisch gesehen waren sie aber nicht völlig identisch.

Die *poena arbitraria* ist die historisch ältere; sie bezieht sich nämlich auf die Ermessensfreiheit des Richters, indem er unter den verschiedensten Umständen das Recht erhielt, nicht nur die im Gesetz absolut angedrohten Strafen, sondern auch willkürlich eine Sanktion festzusetzen. Die Frage ist lediglich, in welchem Verhältnis diese arbiträre Strafe zu dem vom Gesetz für den richterlichen "Spielraum" gezogenen Rahmen steht.

Eine *poena arbitraria* konnte bereits nach den Vorschriften der *Carolina* verhängt werden; der Begriff (und sein Inhalt) der außerordentlichen Strafe wurde aber erst später, in der gemeinrechtlichen Praxis erarbeitet und gehandhabt. Er bezeichnete diejenige arbiträre Strafe, die nicht nur im Rahmen der gesetzlichen Dispositionen, sondern auch darüber hinaus Anwendung finden konnte. Man kann sagen, daß die *Carolina* nur die *poena arbitraria* in engerem Sinne kannte und (an)erkannte (bei der der Richter sich nur im vom Gesetz vorgegebenen Raum bewegen durfte), die *poena arbitraria* in weiterem Sinne wurde durch die gemeinrechtliche Doktrin ins Leben gerufen.⁹ Der *Carolina* war eine außerordentliche Strafe noch fremd.¹⁰ Der Begriff *poena arbitraria* enthielt durchgehend die *poena extraordinaria*.

a) Bestimmungen der *Carolina*

Die *poena arbitraria* als selbständiges Rechtsinstitut kam erst zur eigentlichen Bedeutung mit der Einführung der CCC(1532), die in gewissem Sinne als der erste reichseinheitliche Strafkodex galt. Die arbiträre Strafe konnte danach verhängt werden, wenn die Bestimmungen des Gesetzes die Strafe nicht ausdrücklich vorschrieben oder alternative Strafanordnungen vorsahen.

Bezüglich der Wahl unter den verschiedenen Strafen und Formen der gleichen Sanktion war die richterliche Ermessensfreiheit relativ groß. Der Richter hatte das Recht,

⁹ Vgl. NEEF, S. 1781 f.

¹⁰ Vgl. SCHAFFSTEIN, ZStW 101 (1989), S. 497.

sowohl nach allgemeinen Maximen¹¹ als auch aufgrund konkreter Bestimmungen nach seiner Überzeugung zu verfahren: "Item so eyner Gott zumist, daß gott nit bequem ist, oder mit seinen worten gott, das jm zusteht abschneidet, der almechtigkeyt gottes, sein heyliche Mutter die jungkfrau Maria schendet, sollen durch die amptleut oder Richter von ampts wegen angenommen, eingelegt und darumb an leib, leben oder glidern, nach gelegenheyt und gestalt der person und lesterung gestrafft werden."¹² Ähnlich bietet eine andere Stelle der *Carolina* eine große Auswahl von anzuwendenden Strafarten: "die selbigen boßhaften kupler und küplerin, auch die jhenen so wissentlicher geuerlicher und boßhafter weiß jre hewser darzu leihen, oder solchs inn jren hewsem zubesehen gestatten, sollen nach gelegenheyt der verhandlung und radt der rechtverstendigen, es sei mit verweisung des landts, stellung inn branger, abschneidung der oren, oder außhawung mit rutten, oder anderm gestrafft werden."¹³ Die immer wieder auftauchenden, sich auf die Art der zu verhängenden Strafe beziehenden Klauseln "nach vermög der recht und ermessung des richters" oder "nach gelegenheyt und gestalt der person" bzw. "nach gestalt der sachen", weisen auf eine außerordentlich große richterliche Ermessensfreiheit hin.¹⁴

Der Gesetzgeber gedachte einer uferlosen richterlichen Willkür dadurch Schranken zu setzen, daß er ein allgemeines Prinzip formulierte, namentlich das Postulat der Gerechtigkeit und des gemeinen Nutzens.¹⁵

Der Erfolg der *Carolina* beruhte u.a. darauf, daß es ihr gelang, zwei Bedürfnisse der zeitgenössischen Strafrechtspflege zugleich zu erfüllen: Sie hatte einerseits mit ihren zahlreichen absoluten Strafandrohungen, mit der Festlegung konkreter Tatbestände und durch eine einheitliche Regelung des Strafverfahrens ein objektives Werk in die Hände der Richter gegeben, wodurch die zu ihrer Zeit herrschende fast vollständige Willkür eingeschränkt wurde,¹⁶ andererseits gewährte sie dem Richter in der Strafzumessung eine

¹¹ "Item so jemandt unsern gemeynen geschriben rechten nach, durch eyn verhandlung das leben verwürckt hat, soll man nach gutter gewohnheyt, oder nach ordnung eynes guten rechtverstentigen richters, so gelegenheyt und ergernuß der übelthatt ermesen kan, die form und weiß der selben tödtung halten und urtheilen." *Carolina* Art. 104. Vgl. Art. 105.

¹² CCC Art. 106.

¹³ Ebd. Art. 123.

¹⁴ So sollte auch der Münzfälscher "am leib oder gut nach gestalt der sachen, gestrafft werden." A.a.O. Art. 111.; vgl. Art. 109, 114, 134.

¹⁵ Der Richter hatte die Pflicht, die Strafe "auß lieb der gerechtigkeyt, und umb gemeynes nutz willen zu ordnen und zu machen." Außerdem durfte die *poena arbitraria* erst nach vorheriger Rechteinholung verhängt werden. Vgl. Art. 104 ("Eyn Vorrede wie man mißthat peinlich straffen soll").

¹⁶ "In einem Bericht an den Reichstag zu Lindau führte das eben erst errichtete Reichskammergericht im Jahre 1496 Beschwerde darüber, daß die Fürsten, Reichsstädte und andere Obrigkeiten Leute unverschuldet und ohne Recht und redliche Ursache zum Tode verurteilt und gerichtet hätten, wie es aus fast täglich einlaufenden
(Fortsetzung...)

große Freiheit, die es möglich machte, in der Nachfolgezeit zum Grund der Erweiterung der *poena arbitraria* zu werden. Aus den skizzierten Möglichkeiten des Richters in der Strafzumessung war es nicht schwer, eine Interpretation abzuleiten, wonach dem Richter das Recht zusteht, eine Strafe auch über die Dispositionen des Gesetzes hinaus zu verhängen.¹⁷

Die eigentliche Verdachtsstrafe, die hier als die Strafe unter einer beweisrechtlichen Unbestimmtheit verstanden wird, war der *Carolina* noch fremd. Auch die *poena arbitraria* galt für sie als "ordentliche" Strafe, überhaupt hatte die CCC das Begriffpaar *poena ordinaria* - *poena extraordinaria* noch gar nicht aufgestellt. In ihrem geschlossenen Beweissystem konnte praktisch kein beweisrechtliches Problem vorkommen; es stand nämlich die Tortur zur Verfügung, der der Inquisit nach ausreichenden Anzeigen unterzogen wurde. Hatte er das Geständnis abgelegt, so wurde er als überführt verurteilt - hatte er sie überstanden, so mußte er in der Regel freigesprochen werden. Der Richter konnte nach den Maximen der *Carolina* immer in dem Bewußtsein urteilen, daß das Strafübel sicher einen Schuldigen trifft. Für die CCC existierten lediglich Schuldige und Unschuldige. So gesehen, war sie ganz modern. Der Kern des Problems bestand natürlich in der Tortur selbst, die im Prinzip nach den Regelungen des Gesetzes ablaufen mußte; und sie galt zu ihrer Zeit als ein angemessenes Mittel zur Erforschung der Wahrheit. Der Gesetzgeber hatte nicht voraussehen können, daß dieses Instrument später zur Herausbildung einer "Mißgeburt" des gemeinrechtlichen Urteilsgebrauchs, zu der Verdachtsstrafe führen würde.

b) Die Auslegung der *poena arbitraria* bei Carpzow

Aufgrund der Ermächtigung der *Carolina*, wonach die Richter "nach gelegenheyt der personen und gestalt der sachen" Strafen zumessen konnten und nach dem ausdrücklichen Analogiegebot der CCC (Art. 105) war es möglich, die *poena arbitraria* erheblich auszu dehnen.¹⁸ Eine erweiterte Interpretation der *poena arbitraria* war aber zugleich auch

¹⁶(...Fortsetzung)

Klagen erfahren habe... Die Klagen über willkürliche Verhaftungen und Hinrichtungen erscheinen durchaus glaubhaft." KROESCHELL, Bd. 2, S. 269.

¹⁷ Dazu bot die CCC auch eine besondere Möglichkeit, indem sie die Analogie für die Richter ausgesprochen vorgeschrieben hatte: "Item ferner ist zuvermercken, inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nachfolgenden articeln nit gesetzt oder gnugsam erklet oder verstendig wer, sollen Richter und urtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder unverstendlichen fellen, unsern Keyserlichen rechten, und diser unser ordnung am gemessigsten gehandelt unnd geurtheylt werden soll, und alßdann jre erkanntuß darnach thun; Wann nit alle zufellige erkanntuß und straff inn dieser unser ordnung gnugsam mögen bedacht und bescriben werden." Art. 105 ("Von unbenannten peinlichen fellen und straffen"). Vgl. SCHAFFSTEIN, Studien, S. 159.

¹⁸ Während dieser Begriffsausdehnung hat sich die Bezeichnung *poena extraordinaria* herausgebildet, gegenüber der im Gesetz bestimmt fixierten Strafart, der *poena ordinaria*. Vgl. NEEF, S. 1781 f.; EB.SCHMIDT, Einführung, S. 166 f.

notwendig, weil die CCC zu wenig Tatbestände pönalisiert hatte - es sollten also neue Tatbestände geschaffen werden - und weil die absoluten Strafandrohungen des Gesetzes (vor allem die Todes- und Verstümmelungsstrafen) zunehmend als zu hart empfunden wurden.¹⁹ Diese Arbeit hatte der sächsische Jurist Benedict Carpzow auf sich genommen, und dank seiner unvergleichlichen Autorität hat sich die Auffassung über die modifizierte richterliche Strafbefugnis, sowie die Gewohnheit, die Begriffe *poena arbitraria* - *poena extraordinaria* synonym zu benutzen, in Deutschland allgemein verbreitet.²⁰

Carpzow's Auffassung von der *poena extraordinaria* war sehr radikal; er war der Meinung, daß jede Strafe einen arbiträren Charakter trage, folglich alle Strafen eigentlich außerordentliche Strafen seien.²¹ Er hat so die von der CCC gegebene richterliche Ermessensfreiheit maximal ausgenutzt, bzw. erweitert. Im Zusammenhang mit der *poena homicidii* wird festgestellt: "*Neque videbitur iudex istud faciens, poenam homicidii a lege statutam tollere, aut legi derogare, (quod ipsi neutiquam concedendum) sed factum potius ipsum, quod in poenam incidit, ita concludere atque definire, ut non ea lege puniendum censeatur; maxime cum hodie omnia fere crimina sint arbitraria, & extra ordinem puniantur.*"²²

ba) Tatbestände des *stellionatus*

Unter dem Begriff des sog. *stellionatus* ("Schufterei") versuchte Carpzow für die Handlungen, die zwar als strafwürdig angesehen wurden, gesetzlich aber nicht geregelt waren, ein Prinzip aufzustellen, wonach der Übeltäter rechtlich verurteilt werden kann.²³ Der

¹⁹ Vgl. LIPPMANN, S. 18; SCHAFFSTEIN, Studien, S. 162.

²⁰ Vgl. CARPZOW, Qu. 133 *De arbitriis seu extraordinariis poenis*.

²¹ Dieser Gedanke ist bei CARPZOW immerhin nicht originär: Er hat sich sehr eng an die Lehren der italienischen Strafrechtswissenschaft angelehnt. Die Postglossatoren haben nämlich (meist unter Berufung auf Dig. 48.19.13.) die Ansicht vertreten, daß jede Strafe eine außerordentliche und damit zugleich arbiträre Strafe ist. Der Grund dieser Auffassung fand sich darin, daß auch die *cognitio extra ordinem* im alten römischen Strafprozeß während der Kaiserzeit zum Regelverfahren geworden war. Vgl. SCHMIDT, E., Einführung, S. 167; NEEF, S. 1782; DOLEZALEK, S. 1842 f. GLÖCKNER, Cogitationis, S. 39 f.

²² CARPZOW, Qu. 24 Nr. 9; vgl. Qu. 25 Nr. 1; EB. SCHMIDT, Einführung, S. 167; HIPPEL, S. 237 Anm. 2; KAUFMANN, S. 2022.

²³ Die Bezeichnung "*stellionatus*" bedeutete ursprünglich jede Art des *Betruges* und der *Verfälschung*, die in den Gesetzen nicht ausdrücklich benannt ist. Vgl. RÜPING, S. 29 f.; MOMMSEN, S. 671-681. In der Formulierung von SCHAFFSTEIN hat CARPZOW den Begriff *stellionatus* "zu einem allgemeinen »Lückenbüßer-Tatbestand«" entwickelt. Vgl. SCHAFFSTEIN, *Stellionatus*, S. 287; GLÖCKNER, *Stellionatus*, S. 1954.

Satz lautete: "*Deficiente poena ordinaria, locum habet extraordinaria.*"²⁴ Dabei sind in konkretem Sinne keine wirklichen, neuen Tatbestände formuliert, es werden aber eine Reihe von Rechtssprüchen ("*casus et exempla*") aus der Tätigkeit des Leipziger Schöppenhofes "*pro declaratione*" angeführt.²⁵ Der Autor erwähnt solche Beispiele wie etwa das "Absaugen" der Milch einer stillenden Mutter,²⁶ unzüchtiges Benehmen auf einer Hochzeit,²⁷ Entrüstung von Jungfrauen²⁸ etc.

Es geht in diesen Fällen durchaus nicht um eine Verdachtsstrafe. Die Handlungen, die hier bestraft werden, müssen natürlich erwiesen sein. Carpzow hatte es den Richtern überlassen, praktisch ihrem "Rechtsgefühl" nach, Sachverhalte selbständig zu pönalisieren. Die richterliche Willkür, gegen die die Kriminalisten und die Gesetzgebungen der Aufklärungszeit so heftig gekämpft haben, hat ihre Wurzeln in dieser Tatsache gehabt.

bb) Abweichen von der poena ordinaria

Die *poena extraordinaria* im Verständnis von Carpzow wurde auch in den Fällen angewandt, für die zwar eine absolut bestimmte Strafe vorgesehen war, aber diese Sanktion - nach der richterlichen Beurteilung - nicht zum konkreten Fall paßte. Carpzow hat angenommen, daß der Gesetzgeber nur an einen Normalfall gedacht hatte, von dem der Richter *ex causa* abweichen könne. Das ist zweifellos eine ziemlich willkürliche Inter-

²⁴ CARPZOW, Qu. 133 (*De Arbitriis, seu Extraordinariis Poenis*), Summaria 1; vgl. ebd. Nr. 13: "*Sane in ore omnium fere est, quod, quando poenae neque ex legibus, neque ex statuto aut consuetudine aliqua certo definitae sunt, arbitraria debeat esse animadversio.*"

²⁵ Vgl. a.a.O. Nr. 33-44; NEEF, S. 1782 f.

²⁶ "Ist hiebevorn H.H. zu Recht die Straffe des Gefängnisses auf einen Monat lang derowegen zuerkannt worden, daß er sein Weib täglichen dermassen an ihren Brüsten ausgesogen, daß ihr die Leibes-Kräfte, und ihrem Kinde die Nahrung dadurch gänzlichen entzogen worden." A.a.O. Nr. 34.

²⁷ "Hat ein Junger-Gesell... ihm ein paar langstielichte Hosen, und daran einen ungewöhnlichen und unzüchtigen Latz machen lassen, dieselben auf eine Hochzeit, darauf er Braut-Diener gewesen, aufn Abend angezogen, mit dem Frauenzimmer darinnen getantzet, und ist hernach auch aufn Tisch getreten, und hat üppige und leichtfertige Geberden damit getrieben, daß das Frauenzimmer darüber unwillig worden, vom Tische aufgestanden, und weggegangen; bey welcher Uppigkeit gedachter Junger-Gesell es nicht bleiben lassen, sondern hat vor berührten Latz aus den Hosen gerissen, auf einen Teller gelegt, und zum Schauspiel auf denen Tischen herum tragen lassen, bis endlichen einer denselben genommen, und zum Fenster hinaus geworffen." Der *delinquent* wurde "mit zeitlicher Landes-Verweisung billig in Straffe genommen." A.a.O. Nr. 35.

²⁸ "Ist allda auf einer Wirtschafft, wie des Orts bräuchlich, ein Essen Kohl und Fleisch, darein der Koch unter dem Kohl ein blau Niederkleid gelegt, den Jungen-Gesellen, so nächst den Jungfrauen über an einem Tische allein gegessen, vorgetragen worden; und als die Jungen-Gesellen dessen inne geworden, hat einer dasselbe aus der Schüssel gezogen, und auf einem Teller den Jungfrauen, auf ihren Tisch vorgesetzt. So wird der Koch, so solches Niederkleid unter das Kraut gethan, und derselbe, welcher es den Jungfrauen vorgesetzt, um eine ziemliche Geld-Busse, ihrem Vermögen nach, in willkürliche Straffe billig genommen." A.a.O. Nr. 36.

pretation; man darf dabei aber nicht übersehen, daß von der gesetzlichen Strafe nicht nur nach oben, sondern auch nach unten abgewichen werden konnte.²⁹

Der Satz der gemeinrechtlichen Doktrin, daß die Todesstrafe als *poena extraordinaria* grundsätzlich nicht erlaubt ist, geht ebenfalls bis auf Carpzow zurück.³⁰ Bei ihm durften nämlich die Richter arbiträr nur Leibesstrafen und bürgerliche Sanktionen (mehrheitlich Geldstrafen), wie *fustigatio*, *amputatio*, *relegatio*, *carcer* und *multa pecuniaria* verhängen.³¹

Bezüglich der Problematik der Verdachtsstrafe ist festzustellen, daß die Ausdehnung der richterlichen Strafbefugnis auf dem Feld des Prozeßrechts eine gute Möglichkeit bot, willkürlich in der Sache Verdachtsstrafen zu verhängen.³² Für die Richter, die aufgrund Carpzow's Lehren daran gewohnt waren, außerordentliche Strafen sozusagen nach ihrer Überzeugung zu verhängen, schien es als natürlich, nach Beseitigung des Beweismittels der Folter, den Begriff der außerordentlichen Strafe schwerpunktmäßig auf die Verdachtsstrafe auszudehnen.³³ Nach Carpzow hätten sich zwar die Richter stets von *aequitas* und *iustitia* leiten lassen müssen, die spätere Praxis war aber kaum in der Lage, auf dem von ihm gesetzten hohen Niveau die Urteilspraxis weiterzuführen. Die Strafrechtspflege hatte sich in eine negative, durch Willkür geprägte Richtung entwickelt.³⁴

2. Die poena arbitraria im Verständnis der Gesetzbücher im Zeitalter der Aufklärung

Der Untergang des gemeinrechtlichen Rechtsdenkens begann mit dem allmählichen Einfluß der Aufklärung. Bestimmend in dieser neuen Epoche wurde die *ratio*, deren wichtigster Satz auf dem Feld des Strafrechts lautete: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.³⁵ Dies bedeutete vor allen Dingen den Anspruch, den Richter an den "Buchstaben" des Gesetzes zu binden. Dem gemeinen Recht war aber diese Idee durchaus fremd, sie

²⁹ Vgl. HIPPEL, S. 237 f.

³⁰ "*Poena arbitraria non potest extendi ad mortem.*" A.a.O. Sum. 19; vgl. ebd. Nr. 20, 22-27; ferner KO § 408.

³¹ Vgl. CARPZOW, Qu. 133 Nr. 16, 17, 32, 46, 49.

³² Vgl. HÄLSCHNER, S. 139; WÄCHTER, S. 123.

³³ An der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert wurde bereits überwiegend unter außerordentlicher Strafe die Verdachtsstrafe verstanden. Vgl. das 4. Kapitel dieser Arbeit.

³⁴ BÖHMER versuchte die Anwendungsfälle der außerordentlichen Strafe innerhalb der gesetzlichen Dispositionen zu bestimmen; er hatte jedoch die willkürlich zu ahndenden sog. *delicta innominata* (mutatis mutandis: das Rechtsinstitut *stellionatus*) beibehalten. Vgl. Elementa, Sect. 2 Cap. 1 § 9; Meditationes, Art. 105 §§ 1, 2; NEEF, S. 1783 f.; EB.SCHMIDT, Einführung, S. 167 f.

³⁵ Vgl. SCHREIBER, Nulla poena, S. 1104 ff.

konnte folglich nur relativ spät, erst in der *Josephina* (1787) zur Geltung kommen - hingegen sind in dem Kreittmayr'schen Gesetzbuch und in der *Theresiana* nur leichte Tendenzen in diese Richtung festzustellen. Der Ausdruck "außerordentliche Strafe" - und damit die Problematik der *poena arbitraria* -, mit stufenweise geänderten Inhalt, hält sich bis in das 19. Jahrhundert hinein.

a) Der Codex Juris Bavarici Criminalis (1751)

Die außerordentliche Strafe wird noch im herkömmlichen Sinne und mit der *poena arbitraria* für gleichbedeutend erklärt: "Bey willkürlichen und Extraordinari-Straffen, welche zur Richterlicher Ermäßigung ausgestellt seynd, soll die Obrigkeit alle mildernd und beschwerende Umstände des Verbrechens wohl betrachten, in geringern oder zweifelhaften Fällen mehr zur Milde als Schärfe geneigt seyn, keine neue und ungewöhnliche Straffen erfinden, sofort zwischen dem Verbrechen und der Straff die rechte Proportion beobachten, und das blosses Arbitrium oder Gut-Bedunken, wo es die Statuta nicht ausdrücklich einräumen, auf die Todes-Straff niemahl erstrecken."³⁶ Das durch den Geist der Aufklärung inspirierte Bestreben, zumindest die Grausamkeit des bisherigen Strafrechts zu mildern und die richterliche Willkür einigermaßen zurückzudrängen, ist unverkennbar.³⁷

b) Die Constitutio Criminalis Theresiana (1768)

Das letzte gesetzgeberische Resultat der gemeinrechtlichen Doktrin in Österreich war die *Theresiana*, die das Problem der *poena arbitraria* ganz ähnlich dem CJBC auffaßt. Die CCTh unterscheidet, wie gewöhnlich, zwischen ordentlichen und außerordentlichen Strafen: "Die ordentlichen Straffen sind, welche das Gesetz auf die Verbrechen namentlich ausgesetzt. Dahingegen die willkührigen, und außerordentlichen Straffen damalen eintreten, wenn erstlich: das Gesetz auf ein Verbrechen keine gewisse Strafe ausgemessen, sondern stillschweigend, oder ausdrücklich die Bestraffungsart der Willkuhr des Richters überlassen hat; oder andertens: wenn zwar das Gesetz eine gewisse Strafe auf ein Verbrechen überhaupt ausgesetzt hat, jedoch ein rechtmässiger, das ist, ein in dieser Halsgerichtsordnung enthaltener Milderungs- oder Beschwerungsumstand erheischet, von der sonst vorgeschrieben ordentlichen Straffe abzugehen."³⁸

Es wird versucht, die außerordentliche Strafe in dem vom Gesetz gegebenen Rahmen zu halten. Es geht - der gesetzgeberischen Absicht nach - keineswegs um eine uferlose arbiträre Willkür; der Richter hat seine Erkenntnis "vernünftig so einzurichten,

³⁶ CJBC Teil 1, Kap. 1, § 12.

³⁷ Vgl. KOBLE, S. 338.

³⁸ CCTh Art. 7, § 1.

damit in wohlervogenen Gegenheit aller beschwerend- und linderenden Umständen zwischen dem Verbrechen, und der Straffe eine Ebenmaß, und billige Gleichheit gehalten, somit weder einer allzugroßen Strenge, weder allzuvieler Gelindigkeit sich gebraucht werde. Wobey annoch zu beobachten, daß

Erstlich: In geringeren, oder zweifelhaften Straff-Fällen die Gelindigkeit der Schärffe vorzuziehen; und daß

Andertens: Die willkührige Bestraffungen nicht auf die Todesstraffe zu erweitern seyen.³⁹

Die *Theresiana* ist in der Interpretation der *poena extraordinaria* so weit wie möglich gegangen - unter den Voraussetzungen der traditionellen Denkweise. Den entscheidenden Durchbruch hat erst das nächste Strafgesetzbuch (*Josephina*) gebracht.

c) Das josephinische Gesetzbuch (1787)

Es gibt im Einführungspatent des Gesetzes einen ausdrücklichen Verweis auf die Regel *nullum crimen sine lege*: "Insbesondere aber werden die Kriminalrichter hiemit angewiesen, künftig ihr Amt nur gegen diejenigen zu handeln, die wegen eines in diesem Gesetze ausgedruckten Kriminalverbrechen bei dem Kriminalgerichte einkommen."⁴⁰ Der Gesetzgeber wollte zugleich "alle Willkuhr" entfernen, die außerordentlichen Strafen hätten also aus dem Gerichtsgebrauch verschwinden müssen - sicher ist nur, daß dieser Ausdruck im Gesetztext nicht mehr zu lesen ist.

Der Richter war zwar streng an das Gesetz gebunden,⁴¹ für ihn blieb jedoch ein erheblicher Spielraum bei der Bemessung der Sanktion, da im Strafgesetzbuch lediglich die Strafart und die Mindest- sowie Höchstdauer der Strafe vorgegeben wurde.⁴²

d) Das preußische Allgemeine Landrecht (1794)

Das Gesetz interpretiert das Begriffspaar ordentliche - außerordentliche Strafe im Rahmen der Schuld: "Die im Gesetze Bestimmte Strafe eines Verbrechens heißt ordentliche; und

³⁹ Ebd. § 3.

⁴⁰ Patent vom 13.1.1787, in: *Josephina* S. I. Es wurde dem Richter auch die Anwendung von Analogie und Gewohnheitsrecht sowie auch jede Auslegung verboten. Vgl. SCHREIBER, *Nulla poena*, S. 1107.

⁴¹ Der entscheidende Paragraph des Gesetzes lautet: "Der Kriminalrichter ist an die buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes gebunden, so weit in demselben auf die Missethat die Größe und Gattung der Strafe genau, und ausdrücklich bestimmt ist: Es ist ihm bei strenger Verantwortung die gesetzmässig vorgeschriebene Strafe weder zu lindern, noch zu verschärfen erlaubt." *Josephina* I § 13.

⁴² Vgl. ST.SCHMIDT, S. 200 ff.

trifft in der Regel nur den, welcher das Verbrechen vorsätzlich begangen hat.⁴³ Eine korrekte Definition der außerordentlichen Strafe versäumt das Gesetz; es stellt nur fest, daß es im Falle eines aus Fahrlässigkeit begangenen Verbrechens, mangels ausdrücklich bestimmter Strafe, von dem Richter eine außerordentliche Strafe nach den Grundsätzen des § 29 festzusetzen ist.⁴⁴

Gegen den "Verdacht", daß das Gesetz nur die fahrlässig begangenen Verbrechen mit einer außerordentlichen Strafe belegt, hat sich schon Ernst Ferdinand Klein, einer der Schöpfer des Gesetzbuches, verwahrt, und wies beispielsweise auf den § 40 hin, nachdem auch der vollendete aber durch einen bloßen Zufall verhindert gebliebene Versuch, also eine an sich vorsätzliche Handlung, mit einer außerordentlichen Strafe geahndet wird.⁴⁵ Es wird ein Unterschied zwischen außerordentlicher und willkürlicher Strafe gemacht, ihr Verhältnis zueinander ist aber unklar - die letztere ist offensichtlich nur eine niedrigere Stufe der vorherigen: "Findet nur eine außerordentliche Strafe statt; so kann dieselbe niemals bis zum Tode oder zur Ehrlosigkeit ausgedehnt werden. Wenn die Gesetze eine willkürliche Strafe verordnen: so darf dieselbe nicht über Gefängniß von sechs Wochen, oder Funfzig Thaler Geldbuße, ausgedehnt werden."⁴⁶ Die "gemeinrechtliche" *poena arbitraria* gehört also schon der Vergangenheit an; die außerordentliche Strafe im ALR bezeichnet nur noch die gegenüber der ordentlichen Strafe geminderte, aber vom Gesetz ebenso fixierte Strafe.

II. Der Begriff der Verdachtsstrafe

Sowohl die Quellen wie auch die Literatur erwähnen die Verdachtsstrafe sehr uneinheitlich. Dies ist aber nicht überraschend: Die Verdachtsstrafe war nicht einfach ein prozeßrechtliches Institut, sondern ein tatsächliches Phänomen der Jurisdiction; ein instinktives Verhalten der jeweiligen Strafrechtspflege, infolge der *a priori* Überzeugung (Vermutung), daß der Verdächtige schuldig ist. Der rechtliche Inhalt der Verdachtsstrafe ist also so umfangreich, daß es zweckmäßig ist, zwischen den Begriffen der Verdachtsstrafe im engeren und weiteren Sinne zu unterscheiden.

Vom dogmatischen Gesichtspunkt aus gesehen bestand der wesentlichste Unterschied darin, daß jene Strafform der Ebene der Beweisführung zugehört, die letztere sich aber in Gestalt von materiellrechtlichen Instituten realisiert.

⁴³ ALR Teil II, Tit. 20, § 31.

⁴⁴ Ebd. § 33.

⁴⁵ Zur Diskussion dieses Problems ausführlicher im Punkt II/6. des 3. Kapitels dieser Arbeit.

⁴⁶ A.a.O. §§ 34, 35. Vgl. NEEF, S. 1784.

1. Die Verdachtsstrafe in engerem Sinne

Die Verdachtsstrafe in dieser Bedeutung, also die Bestrafung nicht vollkommen erwiesener Tatbestände, bzw. nicht vollständig überführter Angeschuldigter, wurde zwar während der Anwendung der Folter in der gemeinrechtlichen Epoche nicht zur oft gehandhabten Straftat, sie fehlte aber auch nicht gänzlich.

Man kann in ihrer Entwicklungsgeschichte zwei Phasen unterscheiden: vor und nach der Abschaffung der Folter. Die "peinliche Frage" spielte deshalb eine bedeutende Rolle, weil das eigentliche Problem der Verdachtsstrafe darin bestand, daß die Praxis nach der Beseitigung dieses wichtigsten, zur Erwerbung der *regina probationis*, d.h. des Geständnisses des Verdächtigen, angewandten Mittels beweisrechtlich in einen luftleeren Raum geriet, und mangels einer freien richterlichen Beweiswürdigung notwendig ein Surrogat anwenden mußte.⁴⁷ Dieses Surrogat war die Verdachtsstrafe.

a) Die außerordentliche Strafe als Verdachtsstrafe während der Anwendung der Folter

Die *Carolina* hat nach ihrem Beweissystem die Bestrafung nicht vollkommen überführter Verdächtiger noch nicht vorgesehen, die Praxis und die partikularen Gesetzgebungen haben aber - um die Ansprüche des immer souveräner werdenden, absolutistischen Staates zu befriedigen - den Brauch eingeführt, daß die Beschuldigten, die nicht der Folter unterworfen werden konnten, nicht ohne eine gewisse Sanktion bleiben durften. Dieses rechtliche Phänomen wird im Folgenden anhand zweier markanter Strafgesetzbücher kurz dargestellt.

aa) Die Bestimmung des bayerischen Kodex (1751)

Auch das Kreittmayr'sche Strafgesetzbuch nimmt noch an, daß die "peinliche Frage" in der Beweisführung ein entscheidendes Instrument ist. Die Verdachtsstrafe wird mit der Folter für gleichrangig erklärt, indem "eine außerordentliche Straff auf einen halben Beweis oder Indicium proximum, in Fällen wo die Tortur nicht Platz-greiffig ist, wohl erkannt werden mag."⁴⁸ Ebenso wird der von der Instanz entbundene Angeschuldigte "nach Gestalt des überbleibenden Verdachts" mit einer arbiträren Strafe geahndet.⁴⁹

⁴⁷ Vgl. KO Bd. 1, S. 345.

⁴⁸ CJBC Teil 2, Kap. 10, § 10. Wer von der Tortur befreit worden war, siehe ebd. Kap. 8, § 5.

⁴⁹ Ebd. Kap. 10, § 9.

ab) Die Bestimmung der Theresiana (1768)

Die CCTh, eine der besten gesetzgeberischen Zusammenfassungen der gemeinrechtlichen Doktrin, behandelt diese Strafform unter den einzelnen Beweismitteln. Der Grundfall sei, daß mangels "vollkommenrechtlicher Beweisthum" niemand mit ordentlicher Strafe belegt werden kann. "Zumalen aber gleichwohlen entgegen dem Angeschuldigten mehr - oder mindere Innzüchten, und Beschwerungsumstände obwalten können, so hat der Richter solchen Falls alle Umstände wohl zu erwegen, und hanget von seinem vernünftigen Ermessen ab: ob nach Beschaffenheit der Sache der Verdächtige entweder, bis anderweite Anzeigen sich hervorthun, des Arrestes einstweilig zu entlassen; oder gestalten Dingen nach demselben der Reinigungseyd aufzutragen; oder da nach Unser anderweiten Ausmessung genugsame Anzeigen zur Scharffen Frage sich vorfänden, derselbe hiemit zu belegen, oder endlichen, da er mit starken Innzüchten beschweret wäre, die Tortur aber aus rechtlichen ursachen nicht vorgenommen werden könnte, zu einer willkührlichen Bestrafung fürzuschreiten seye."⁵⁰ Der richterliche Spielraum wird damit recht groß geschnitten; der Richter hatte bei den nicht vollkommen Überführten das Recht, sie entweder provisorisch zu entlassen,⁵¹ oder zur Tortur zu zwingen, bzw. den Reinigungseid ablegen zu lassen, sowie im Endfall mit einer arbiträren Strafe zu belegen. Der letztere im Gesetz genannte Fall ist die eigentliche Verdachtsstrafe gewesen - es ist aber klar, daß der Gesetzgeber ihr keine besondere Bedeutung eingeräumt hat.

b) Die "Blütezeit" der Verdachtsstrafe

Die Hauptperiode der Verdachtsstrafe im eigentlichen Sinne setzte ein, als die Folter nicht mehr zur Verfügung der Strafrechtspflege stand, die moderne, auf der freien richterlichen Beweiswürdigung beruhende Urteilsfindung sich aber noch nicht herausgebildet hatte. Zeitlich gesehen sind dies die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts und die ersten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts. Einen besonderen Charakter verlieh der Verdachtsstrafe die Tatsache, daß ihre Blütezeit in etwa mit der Epoche der Aufklärung zusammenfiel.

In der gemeinrechtlichen Kriminalpraxis war die richterliche Ermessens- und Urteilsfreiheit sehr groß und damit natürlich auch für Willkür offen. Der Richter sollte - neben den Bestimmungen des Gesetzes - nach den allgemeinen Grundsätzen der Gesetze, des Glaubens und der Billigkeit entscheiden und "*poenas iure probatas moribusque receptas*"⁵² verhängen. Als Antithese dazu erschien in der Aufklärungszeit die Forderung, den Richter an das Gesetz, ja an dessen Buchstaben zu binden, um Willkür und Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Dies war verständlich: Die Aufklärungszeit war zugleich die

⁵⁰ Theresiana Art. 34, § 17.

⁵¹ Vgl. den Punkt III. ("Instanzenbindung") des 2. Kapitels dieser Arbeit.

⁵² Vgl. CARPZOW, Qu. 133 Nr. 15-19.

Epoche des absolutistischen Staates.⁵³

Die in der Überschrift gewählte Bezeichnung "Blütezeit" bedeutet nicht, daß die Verdachtsstrafe als Rechtsinstitut offen und allgemein anerkannt worden wäre; sie erscheint in den Rechtsquellen relativ selten und auch die Literatur rügte sie immer heftiger.⁵⁴ Die außerordentliche Strafe selbst ist, auch als Ausdruck, immer weniger "salonfähig" geworden - die Bezeichnung "Verdachtsstrafe" konnte natürlich erst recht nicht in Frage kommen.

Der Ausdruck "Blütezeit" ist aber insofern treffend, als er etwas wichtiges zum Ausdruck bringt: nämlich, daß die Praxis die Verdachtsstrafe bereits ganz bewußt gehandhabt hat. Es sind zahllose Verdachtsstrafen auch zur Zeit der Folter verhängt worden, die aber nicht als solche bezeichnet wurden. Erst mit der Abschaffung der "peinlichen Frage" wurde die eigentliche Natur des gemeinrechtlichen Beweissystems klar, die Praxis war aber natürlich unfähig, gleich ein neues System zu entwickeln. Sie mußte notwendigerweise mit dem verbliebenen Instrumentarium auskommen, und dies brachte mit sich, daß der Angeschuldigte als Verdächtiger verurteilt werden sollte.

ba) Die preußische Kriminalordnung (1805)

Das verfahrensrechtliche Problem der Verdachtsstrafe ist am Beispiel Preußens, das bei der Beseitigung der Folter eine Vorreiterrolle spielte, gut darzustellen: Die Schwierigkeit, ohne Einsatz der Tortur neue Wege zur rechtmäßigen Erkenntnis der Wahrheit im Prozeß zu finden. Dabei wird sogar ein offensichtlicher Rückfall in der Rechtsentwicklung sichtbar; nach der recht fortschrittlichen friderizianischen Zeit hat die Verordnung vom 26.2.1799 die Züchtigung des (unbestimmte Antworten gebenden) Verdächtigen erlaubt, dann hat die Kriminalordnung vom 11.12.1805 bei stärkerem Verdacht eine außerordentliche Strafe, d.h. eine Verdachtsstrafe zugelassen.⁵⁵

Die die Entwicklung des Inquisitionsprozesses in Preußen abschließende KO beschäftigt sich mit dem Problem im die "Wirkungen der Beweise und Vermuthungen in peinlichen Sachen" behandelnden Abschnitt. Es wird vor allem folgender Grundsatz festgelegt: "Wer nur den Verdacht, ein Verbrechen begangen zu haben, gegen sich hat, ist dennoch nicht eher für schuldig zu achten, bis der Verdacht die gesetzmäßige Stärke erlangt hat."⁵⁶ Fraglich ist also nur, wie diese "Stärke" beschaffen sein muß. Darauf

⁵³ Vgl. MAUS, S. 110. Erst im 19. Jahrhundert beginnt sich die Ansicht zu verbreiten, daß es auch ein Fehler ist, den Richter "zum Sklaven des Buchstabens" des Gesetzes zu erniedrigen. Vgl. JARCKE, Handbuch, Bd. 1, S. 299 f.

⁵⁴ Vgl. das 4. Kapitel dieser Arbeit über die Preisfrage des Archivs des Criminalrechts.

⁵⁵ Vgl. CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 447.

⁵⁶ KO § 366.

erhält man eine abstrakte Antwort.⁵⁷

Der außerordentlichen Strafe kommt in zweierlei Hinsicht Bedeutung zu: sie wird einerseits nach strafmildernden Umständen erkannt,⁵⁸ andererseits kommt sie als eine echte Verdachtsstrafe vor. Die Verdachtsstrafe wird vor allem beim Anzeigenbeweis in Anspruch genommen. Die Bewertung der Anzeigen wird dem Richter überlassen, ein wichtiger Umstand wird aber mit Nachdruck hervorgehoben: "Wenn mehrere Anzeigen in einem Falle zusammentreffen, welche mit einander übereinstimmen, und durch den schlimmen Charakter des Verdächtigen und die bisherige schlechte Lebensweise desselben unterstützt werden; so ist ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit vorhanden, bei dem eine außerordentliche Strafe in der Regel kein Bedenken haben kann."⁵⁹

Bei Bestimmung der außerordentlichen Strafe hat der Richter nicht nur auf die Größe des Verbrechens, sondern zugleich auf das Gewicht der gegen den Verdächtigen vorhandenen Beweise, sowie auf den Charakter und die bisherige Lebensart Rücksicht zu nehmen. Die außerordentliche Strafe konnte nie bis zur Todesstrafe, und in der Regel auch nicht bis zur lebenslänglichen Gefangenschaft, sowie auf Verlust von Stand und Würde ausgedehnt werden.⁶⁰

bb) Justus Claproth über die Verdachtsstrafe

Mit der Strafbarkeit des nicht vollständig überführten Verdächtigen haben sich in dieser Periode mehrere Rechtsgelehrte beschäftigt, wobei die Auffassung Claproths repräsentativ für das Verständnis auch vieler anderer Rechtsgelehrter ist.⁶¹ Er behandelt die Frage sogar systematisch; Seine Auffassung über die Verdachtsstrafe⁶² stellt auch das Verständnis von vielen Rechtsgelehrten des ausgehenden 18. Jahrhunderts dar.

In der Beurteilung der Strafbarkeit des Beschuldigten spielen zwei Dinge eine

⁵⁷ "Der Richter hat hinreichende Gewißheit, wenn für die Wahrheit eines Umstandes vollkommen überzeugende Gründe vorhanden sind, und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ein bedeutender Grund für das Gegentheil nicht wohl denkbar ist." Ebd. § 393.

⁵⁸ Im Fall, daß der Beschuldigte ohne Geständnis überführt wurde und eine Todesstrafe verhängt werden sollte, war diese Strafe erst zu verhängen, wenn zwei Drittel des Richterkollegiums einig waren. Sonst kann nur eine außerordentliche Strafe eintreten. Zwar ist diese Situation nicht als Verdachtsstrafe zu betrachten, als "Gespenst" steht sie trotzdem im Hintergrund; mangels eines einstimmigen Votums galt der Verdächtige nicht als vollkommen überführt. Vgl. ebd. §§ 394, 395.

⁵⁹ A.a.O. § 405.

⁶⁰ Vgl. ebd. §§ 407, 408; Zus. 1, 2; KLEINSCHROD, Grundbegriffe, § 134.

⁶¹ Vgl. QUISTORP, Rechtliches Erachten; Anweisung; KLEINSCHROD, Unvollkommener Beweis; WEISMANTEL; MITTERMAIER, Lehre vom Beweise.

⁶² CLAPROTH, Criminalrecht, Teil 2, Abschnitt 3, "Achstes Hauptstück von dem vollständigen und unvollständigen Beweise, von Abschaffung der Tortur, wie auch von dem Reinigungsseide."

wichtige Rolle: Erstens ein prozeßrechtlicher Gesichtspunkt, nämlich die Frage, ob ein *halber Beweis* gegen den Betroffenen vorhanden ist; zweitens die materiellrechtliche Tatsache, ob daß Gesetz den überführten Verbrecher beim konkreten Delikt mit Todesstrafe belegt.

Das Vorhandensein des sog. halben Beweises wurde in der gemeinrechtlichen Doktrin als ein "prozessualer Eckstein" angesehen. Claproth stellt einen Katalog auf, welche Umstände in der Beweisführung als ein halber Beweis zu betrachten sind:

α) "Dasjenige Geständnis, welches nicht die ganze That, sondern nur so viele Umstände in sich enthalten, daß daraus ein sehr wahrscheinlicher Schluß auf die Hauptthat gezogen werden kann.

β) Wenn der Inquisit zwar die ganze That bekennet, aber unerwiesene Einrede vorschützet, welche das Verbrechen entweder gänzlich aus dem Wege räumen, oder doch mindern sollen.

γ) Wenn nur ein unverwerflicher, oder zwey nicht völlig glaubwürdige Zeugen vorhanden sind, selbige aber nicht alles, was zu eben bemeldeten beyden Hauptpunkten gehöret, auszusagen im Stande sind; oder wenn ein Zeuge positiv einen Umstand verneine, welchen zwey glaubwürdige Zeugen positiv bejahet haben.

δ) Wenn bey capitalen Verbrechen bloße Muthmasungen erwiesen sind, und das Geständnis des Inquisiten fehlet, wenn sie gleich den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit erreichen, Bey Verbrechen, die nicht auf Lebensstrafe abzielen, machet dieses hingegen ein vollständigen Beweis aus.

ε) Wenn mehrere Vermuthungen wider den Inquisiten eintreten, welche, wenn sie völlig erwiesen wären, den höchsten Grad der Wahrscheinlichkeit ausmachen würden; gleichwohl diese Umstände selbst nicht vollständig, sondern nur halb erwiesen sind.

ζ) Wenn einer von denen Fällen eintritt, wo wir bey einzelnen Verbrechen das eine, oder andere Beweismittel vor einen halben Beweis angenommen haben.

η) Wenn zwar briefliche Urkunden vorhanden sind, selbige aber bey Verbrechen vorkommen, welche nicht durch briefliche Urkunden begangen werden, und gleichwohl die briefliche Urkunden nicht soviel in sich enthalten, als zu einem vollständigen und völlig richtigen Eingeständnis gehören."⁶³

Dieses Zitat zeigt plastisch, wie das Kriminaldenken in der Aufklärungszeit versuchte, für die zu modernisierende gesetzliche Beweistheorie Maßstäbe zu gewinnen.⁶⁴ Das Bestreben konnte natürlich nicht erfolgreich sein; es fiel immer wieder in die Falle der Kasuistik. Die Kasuistik ist aber gerade ein Punkt des gemeinen Rechts, genauer gesagt des feudalen Rechts gewesen, der mit dem Geist der aufgeklärten Kodices, und mehr noch mit der rationellen Denkweise des 19. Jahrhunderts unvereinbar war.⁶⁵

⁶³ A.a.O. S. 179 f.; GLOBIG, Versuch, Teil 2, S. 313 ff.

⁶⁴ Über den Charakter der deutschen Beweistheorie vgl. MITTERMAIER, Lehre vom Beweise, S. 84 ff.

⁶⁵ Erst in den Schriften von MITTERMAIER ist eine systematische und konsequente Überwindung der gesetzlichen Beweistheorie zu erkennen: "Gelingt es uns unter, was wir hoffen, zeigen zu können, dass eine weise Gesetzgebung auch den Indizienbeweis als vollständig anerkennen muss, und dass weder ausserordentliche (Fortsetzung...)

Bei der Bemessung der (Verdachts)Strafe werden wieder die erwähnten Aspekte berücksichtigt, nämlich ob es um "Capitalverbrechen" geht, und ob der Grad der Gewißheit über die Schuld des Verdächtigen den kritischen Punkt (halber Beweis) erreicht. Im Fall der schwersten Delikte "wird der Inquisit, welcher einen halben Beweis wider sich hat, nach der Verschiedenheit seines Standes vorerst entweder zur öffentlichen Arbeit verurtheilt, oder in ein Zuchthaus, Gefängnis, Hausarrest gesetzt, bis seine Schuld, oder Unschuld näher an den Tag kommt."⁶⁶ Gibt es weniger als einen "halben Beweis" (bei demselben Verbrechen), so sollte der Verdächtige von der Instanz entbunden werden.⁶⁷ Bei leichteren Verbrechen war entweder eine "gelinde Strafe" vorgesehen, oder der Angeschuldigte wurde verpflichtet, den Reinigungseid abzulegen.⁶⁸

2. Die Verdachtsstrafe in weiterem Sinne

Hinter dieser Interpretation steht die Überlegung, daß die Verdachtsstrafe als ein "Symptom" der anhand der Schuldvermutung funktionierenden Strafrechtspflege, auch in anderen Gestalten erschien. Diese Erscheinungsformen waren recht unterschiedlich, sie haben trotzdem erkennbare gemeinsame Kennzeichen: Sie sind alle materiellrechtliche Rechtsinstitute und wurden mehrheitlich nicht als tatsächliche Strafen betrachtet, sondern lediglich als ein gewisses "Übel", das immer einen bestimmten Zweck im Strafprozeß hat.

Es spielten bei der Bemessung solcher "Übel" besonders zwei Gesichtspunkte eine wichtige Rolle: der Anspruch der Wahrheitserforschung und die Verteidigung des "gemeinen Wohls". Beide Bestrebungen werden auch im heutigen Verständnis als natürlich und richtig betrachtet; der historische Unterschied besteht darin, daß die gemeinrechtliche Doktrin, um diese Ziele zu erreichen, auch Mittel akzeptierte, die die Schuld des Verdächtigen voraussetzten. Es wurde also - unausgesprochen - die vermutete Schuld mit einer Sanktion belegt.

Die einzelnen Institute der Verdachtsstrafe (in weiterem Sinne) werden im Folgenden nur kurz vorgestellt, weil sie in weiteren Teilen dieser Arbeit eingehend und ausführlich erörtert werden.

⁶⁵(...Fortsetzung)

Strafe, noch *absolutio ab instantia* zu rechtfertigen ist, so kann nur von einem vollen Beweise die Rede sein und der Begriff eines unvollkommenen hat dann gar keinen Werth." Lehre vom Beweise, S. 139. Vgl. ABEGG, Criminalprozess, S. 225.

⁶⁶ CLAPROTH, a.a.O. S. 180.

⁶⁷ Vgl. den Punkt III. ("Instanzenbindung") des 2. Kapitels dieser Arbeit.

⁶⁸ "Wären es aber Verbrechen, die bloße Leibesstrafe nach sich ziehen, so ist entweder der Beweis mehr als zur Hälfte geführt, und sodann soll ohne Reinigungseid sofort eine gelinde Strafe erkannt werden, als sonst bey vollständigem Beweise erkannt seyn würde. Ist aber der Beweis nur bis zur Hälfte, oder unter derselben geführt; so soll der Inquisit sich eydlich reinigen, wozu er jedesmahl durch seinen Beichvater, auser der Gerichtssession, gehörig vorzubereiten, der Eyd selbst auch nicht anders, als in dessen Gegenwart und unter vorgesetzter Warnung vor dem Meineyde, abgenommen werden." CLAPROTH, a.a.O. S. 180 f.

a) Die Folter

Die "peinliche Frage" hatte vornehmlich die Funktion, durch ein - im Rahmen des gesetzlich geregelten Verfahrens zugefügtes - "physisches Übel" das Geständnis des Angeschuldigten (d.h. des vermuteten Verbrechers) herauszupressen, um dadurch die materielle Wahrheit zu erhalten.⁶⁹ Sie wurde in der Aufklärungszeit zwar Gegenstand immer heftigerer Angriffe, ihre Beseitigung zog sich trotzdem bis in das 19. Jahrhundert hinein.⁷⁰

Die Tortur wurde zwar als "Zwangsmittel" angesehen, sie trug aber offensichtlich den Charakter einer Strafe. Ihre Beseitigung haben auch Rechtsgelehrte gefordert, die sonst der gemeinrechtlichen Denkweise noch anhingen.⁷¹

b) Die Ungehorsamsstrafen

Diese Art von Sanktionen wurde besonders nach der Abschaffung der Folter, als deren - in den Gesetztexten natürlich nie deklariertes - Ersatz, sehr oft verhängt.⁷² Sie sollte den "frechen, lügnerischen" Inquisiten treffen, der nicht bereit war, mit dem Gericht in der Wahrheitsforschung (d.h. im Beweis der eigenen Schuld) zusammenzuarbeiten. Die Pönalisierung solchen Verhaltens spiegelt den Zeitgeist des 18. Jahrhunderts wider, als es noch als selbstverständlich galt, den Bürger (*par excellence* den Angeschuldigten) als Untertan zu behandeln.

Zwar trugen die Ungehorsams- (und Lügen)strafen einen klaren Vergeltungscharakter, das Merkmal der Verdachtsstrafe ist trotzdem unverkennbar: Die Sanktion wurde nämlich (ebenso wie bei der Folter) aufgrund der Überlegung verhängt, daß sie einen Schuldigen treffen soll, folglich auch - im heutigen Verständnis - als ein Teil der wirklichen Strafe betrachtet werden kann.

c) Die Instanzenbindung

Die Entbindung des Angeschuldigten von der Instanz war eine besondere, allerdings milde Variante der Verdachtsstrafe; sie war eigentlich eine vorläufige Lossprechung, wenn es

⁶⁹ Die *Theresiana* regelt die Anwendung der Tortur umfangreich; ihre Definition lautet: "Die peinliche Frage ist ein rechtliches Zwangsmittel, um einen laugnenden Uebelthäter, welcher der verübten That halber stark beschweret ist, in Abgang eines vollständigen Beweises zur Bekanntheit zu bringen, oder allenfalls denselben von dem ihm zu Last fallenden Verdacht, und Innzuchten zu reinigen." Art. 38, § 1.

⁷⁰ Die Tortur wurde zuerst in Preußen (1740), zuletzt Mal in Gotha (1828) abgeschafft. Vgl. EB.SCHMIDT, Einführung, S. 281.

⁷¹ Vgl. CLAPROTH, Criminalrecht, S. 181 f.

⁷² Vgl. RÜPING, S. 65, sowie die Punkte I-II. des 2. Kapitels dieser Arbeit.

nicht gelang, die Unschuld(!) des Inquisiten zu erweisen, und zugleich die Beweise für eine Verurteilung (auch zu einer Verdachtsstrafe im engeren Sinne) nicht ausreichten.⁷³ Sie hing über dem Losgesprochenen wie ein "Damoklesschwert", weil bei neuen Verdachtsmomenten bzw. Beweisen dasselbe Verfahren gegen ihn wieder aufgenommen wird. Die Instanzenbindung war seit dem 19. Jahrhundert in der Regel mit einer Polizeiaufsicht verbunden.

Die Idee der Verdachtsstrafe verkörpert sich in der Instanzenbindung in dem Sinne, daß die Strafrechtspflege einfach unfähig war, auf den unbedingten Bestrafungsanspruch zu verzichten, wenn nur die Möglichkeit offen blieb, daß der Verdächtige der Täter sei. Der endgültige Freispruch ist nur bei vollem Beweis der Unschuld möglich gewesen.

d) Die Sicherungsmittel

Alle Beschreibungen der Aufgabe des Strafrechts enthalten den Gedanken der Gewährleistung der Sicherheit des Staates und seiner Bürger. Jede Sanktion, die diesem Zweck dient, kann in gewissem Sinne als eine Sicherungsmaßnahme aufgefaßt werden. Die eigentlichen Sicherungsmittel waren aber nur die, die in unserer Epoche gegen die verdächtigen, aber nicht überführten und in der Regel losgesprochenen Angeschuldigten verhängt worden sind - wie z.B. Kautio oder Polizeiaufsicht.⁷⁴

Die Sicherungsmittel galten in der Kriminalpraxis als "Prothesen" einer nicht mehr und einer noch nicht existierenden Beweiswürdigung zur Zeit, als der Gerichtsgebrauch und die Rechtswissenschaft für den Fortschritt akzeptable Kompromisse suchten; einen (eventuell) Schuldigen freizusprechen wurde für ebenso unvorstellbar gehalten, wie einen offensichtlich Unschuldigen zu verurteilen. Die Zulässigkeit der außerordentlichen Strafe als Verdachtsstrafe wurde zwar lange nicht einheitlich abgelehnt, in der Literatur war die Meinung doch einheitlich: Es steht dies Recht dem Staat zu, sich vor verdächtigen und gefährlichen Leute zu schützen und zu diesem Zweck auch bestimmte Zwangsmittel anzuwenden. Richtig sieht Schaffstein, daß die Verdachtsstrafe so in der Doktrin der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert im Institut der damaligen Sicherungsmittel zunächst eine neue Erscheinungsform gefunden hat.⁷⁵

⁷³ Vgl. CONRAD, Bd. 2, S. 431, 447; EB.SCHMIDT, S. 272; SCHWARPLIES, S. 70, 88; RÜPING, S. 66; sowie den Punkt III. des 2. Kapitels dieser Arbeit.

⁷⁴ Über den Zusammenhang der Verdachtsstrafe mit den Sicherungsmitteln vgl. SCHAFFSTEIN, ZStW 101(1989), S. 493 ff.; Zur Frage der Sicherheitsmaßnahmen bei den Rechtsgelehrten an der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert vgl. das 3. Kapitel dieser Arbeit.

⁷⁵ Vgl. SCHAFFSTEIN, a.a.O. S. 515.

e) Verdachtsstrafe im Rahmen von gesetzlichen Regelungen

Es gab Tatbestände in den Gesetzen, die einen Umstand bzw. ein Verhalten pönalisiert haben, das an sich oder für das "gemeine Wesen" als gefährlich erschienen und deswegen für strafwürdig gehalten wurde. Die Adressaten solcher gesetzlicher Regelungen haben nach heutigem Verständnis gar kein Verbrechen begangen, in den Augen der zeitgenössischen Strafrechtspflege erschien die betreffende Person bzw. ihr Verhalten jedoch strafwürdig. Im Folgenden werden zwei derartige Delikte zur Verdeutlichung hervorgehoben.

ea) Sanktionen gegen "Bettler und Vaganten"

Vor allem die ausländischen Bettler, Vaganten und "Müßiggänger" wurden schon wegen ihres "Bettel- Vagiren oder Müßiggang" mit Strafe belegt.⁷⁶ Es geht hier in der Sache um das mittelalterliche Verfahren gegen "landschädliche Leute", das auch im 18. Jahrhundert, allerdings letztmalig im Kreittmayr'schen Kodex (1751) und in der *Theresiana* (1768) Anwendung fand. Personen aufgrund ihres äußeren Aussehens und Leumunds für verdächtige und gefährliche Leute, ja Verbrecher zu halten und sie deswegen mindestens des Landes zu verweisen, galt zwar im Mittelalter als selbstverständlich. Diese Auffassung ging im 18. Jahrhundert aber immer weiter zurück, so daß sich Sanktionen in den Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts nicht mehr finden.

Bei diesem Deliktstyp wurde - im heutigen Verständnis - der *Verdacht* bestraft, daß die erwähnten Personen kraft ihrer instabilen Vermögensverhältnisse und "verstockter Gewohnheiten" früher oder später sowieso Verbrechen begehen. Der Verdacht und die vermutete Gefährlichkeit selbst haben also einen strafbegründenden Charakter gehabt.

eb) Bestrafung der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt

Die Pönalisierung dieses Verhaltens stand im engen Zusammenhang mit der sich im 18. Jahrhundert allmählich ändernden Beurteilung der Kindestötung.⁷⁷ Während gegen Ende des 18. Jahrhunderts der "Kindsmord" vom qualifizierten in ein privilegiertes Delikt umgewandelt wurde, wurde das Verbergen der Schwangerschaft und Entbindung als häufige "Vorbereitungshandlung" für strafwürdig gehalten und lange selbständig pönalisiert.

Dies war ein klarer Fall einer Verdachtsstrafe: Die Mutter wurde nämlich mit

⁷⁶ Vgl. CJBC Teil 1, Kap. 11; CCTh Teil 2, Art. 28, § 29; sowie die Punkte I/2/a und II/2/c des 4. Kapitels dieser Arbeit.

⁷⁷ Dem Problem der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt ist wegen seiner Bedeutung bezüglich der Verdachtsstrafe ein gesondertes Kapitel (5.) dieser Arbeit gewidmet.

Strafe belegt, weil ihr unterstellt wurde, sie habe ihren Zustand verborgen gehalten, um das Verbrechen der Kindestötung später einfacher begehen zu können. Die Vermutung der Schuld der Kindesmutter war so stark, daß die Sanktion in der ersten Phase der Entwicklung (etwa im 18. Jahrhundert) auch dann verhängt wurde, wenn das Kind unverletzt und gesund weiterlebte.

2. Kapitel

Der Verdachtsstrafe nahestehende Rechtsinstitute

Die Verdachtsstrafe war nur eine der möglichen Reaktionen der unsicher gewordenen Strafrechtspflege beim Untergang des gemeinen Rechts gewesen. Um den verdächtigen, aber nicht vollkommen überführten Beschuldigten mit einer Sanktion belegen zu können, entwickelte die Praxis auch andere Methoden. Begründung und Zweck dieser Maßnahmen waren zwar unterschiedlich, im Hintergrund des juristischen Denkens stand aber immer die Überzeugung, daß der Verdächtige auf keinen Fall eine unschuldige Person sei und so ein gewisses "Übel" gegen ihn sowieso gerechtfertigt sei. Damit handelte es sich aber in unserem heutigen Verständnis auch um eine Verdachtsstrafe, die auf der Vermutung der Schuld gründet.

I. Die Ungehorsamsstrafe

Die Ungehorsamsstrafe als Rechtsinstitut, also die Bestrafung des ungehorsamen Inquisiten, der seine "offensichtliche" Schuld hartnäckig leugnet, wesentliche Umstände bewußt verschweigt, sinnlose Antworten gibt etc., befindet sich begrifflich zwischen der Folter und der Verdachtsstrafe. Die Tortur wurde nicht als wirkliche Strafe, sondern lediglich als "peinliche Frage" bzw. "Zwangsmittel" angesehen, die Sanktion des sich schlecht verhaltenden Verdächtigen heißt schon Strafe. Die Ungehorsamsstrafe erscheint meist auch zeitlich nach der Abschaffung der Folter.¹ Das Verhältnis der Ungehorsamsstrafe zur Tortur und zu der sog. Lügenstrafe war recht kompliziert, folglich war ihre damalige rechtliche Beurteilung nicht selten ausdrücklich positiv. Man hat nämlich oft nicht gemerkt, daß die Ungehorsamsstrafe (Lügenstrafe) und die Folter eigentlich dieselbe Funktion haben.

Nach der Abschaffung der Folter wurde die Verdachtsstrafe in der Strafrechtspflege zu deren Surrogat. Das Verhältnis der Ungehorsamsstrafe zur Verdachtsstrafe ist aufschlußreich: Rein formell gesehen besteht der wesentlichste Unterschied zwischen Verdachtsstrafe (in engerem Sinne) und der Strafe des zu pönalisierenden Betragens des Verdächtigen darin, daß der Rechtsgrund der Sanktion sich im Fall der Verdachtsstrafe auf das zum Gegenstand der Anklage gewordene Verbrechen bezieht, während bei der Ungehorsamsstrafe der Angeschuldigte wegen seines Verhaltens bzw. wegen seiner Äußerungen bestraft wird. Auch die Ungehorsamsstrafe basiert jedoch unverkennbar auf der Schuldvermutung: Wenn nicht die Schuld vermutet worden wäre, wäre es unmöglich gewesen, einen - im Prinzip - Unschuldigen bloß wegen seiner Reaktionen während des

¹ Die Ungehorsamsstrafe wird in der neueren Rechtsliteratur eindeutig als Ersatz für die beseitigte Folter aufgefaßt. Vgl. RÜPING, S. 65.

Prozesses mit Strafe zu belegen.

1. Die Hauptfälle des strafwürdigen Ungehorsams

Unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Äußerungen und das konkrete Verhalten des Verdächtigen als zu pönalisierende Handlungen betrachtet worden sind, ist sowohl in den Rechtsquellen wie auch unter den Rechtsgelehrten verschieden beurteilt worden. Man kann trotzdem eine einfache Klassifizierung vornehmen, wenn man die Aussage und zum anderen das Betragen des Beschuldigten betrachtet; diese zwei Hauptfälle enthalten im wesentlichen alle Umstände, die in Frage kommen.¹

a) Verweigerung der Wahrheitspflicht

Vom Beschuldigten wurde verlangt, daß er die Wahrheit sagen soll.² Dieser Satz enthält zweierlei: Einerseits, daß der Verdächtige sich äußern muß, er darf also nicht schweigen; andererseits die Wahrheitspflicht. Ein Verstoß gegen diese Pflichten wurde allgemein für strafwürdig gehalten. Dahinter standen zwei Überlegungen: Der Verdächtige wurde nicht als eine souveräne Person, sondern als Untertan angesehen, der gegenüber dem Staat (bzw. dem Gericht) vor allem Pflichten hat; außerdem wurde die Schuld des Verdächtigen vermutet.

Es galt als Verweigerung der Antwort, wenn der Verdächtige erklärte, daß er nicht antworten will, also die Kooperation mit dem Gericht verweigert. Es wurden insbesondere die Fälle dazu gerechnet, in denen der Angeklagte nicht verraten wollte, wo er z.B. die gestohlenen Sachen versteckt hat, wer seine Komplizen gewesen sind usw. Es wurde in gleichem Sinne verfahren, wenn der Beschuldigte sich krank (besonders geisteskrank), taub oder stumm stellte. Auch die unbestimmte Antwort galt als strafwürdig; hierher gehörten die ganz allgemein gehaltenen Antworten, die zweideutigen und die, die nicht verständlich waren.³

b) Das ungebührliche Betragen

Zu den Fällen eines solchen Verhaltens gehört es, wenn der Verdächtige den Richter

² Diese Auffassung war zwar herrschende Meinung, jedoch nicht unbestritten, weil auch erkannt wurde, daß die Wahrheitspflicht mit dem Selbsterhaltungstrieb des Verdächtigen in Konflikt gerät. Das Bekenntnis des Beschuldigten blieb immerhin der beste Beweis; vgl. SODEN, Bd. 2, S. 162; BAUER, Lehrbuch, § 130, S. 208, Anm. a), b).

³ MITTERMAIER zählt auch die Lüge zur Verweigerung der Wahrheit; kraft ihrer relativen Selbständigkeit behandeln wir sie aber gesondert unter der Überschrift "Die Lügenstrafe". Vgl. MITTERMAIER, Handbuch, S. 170 f.

schlägt, ihn beständig beleidigt, schreit, flucht usw. Jede dieser Handlungen enthält eine Verletzung der Pflichten des Bürgers (genauer: des Untertans), jede derselben stört den Gang der Untersuchung, und "berechtigt den Staat zur Anwendung von Mitteln" - meint Mittermaier -, "welche den Ungehorsam beugen, den frechlügnenden oder boshaften Verbrecher bestrafen, in ihm die Lust, für die Zukunft Aehnliches zu thun, unterdrücken, und so die Untersuchung befördern."⁴

2. Abgrenzung der Ungehorsamsstrafe von der Folter

Die Ähnlichkeiten zwischen den zwei Rechtsinstituten waren so groß, daß die Ungehorsamsstrafe bereits am Anfang des 19. Jahrhunderts als ein der Folter äquivalentes Mittel angesehen wurde.⁵ Diese Meinung war jedoch nicht allgemein verbreitet, weder in der Gesetzgebung noch unter den Rechtsgelehrten. Es ist kaum zu entscheiden, ob der ehemalige Gesetzgeber einfach nur zynisch war oder die offensichtliche Gleichheit zwischen der Folter und dem Schlagen nicht wahrgenommen hatte, als er einerseits fixierte: "um den Verhafteten zum Geständniß zu bewegen, dürfen keine gewaltsamen Mittel angewandt werden", andererseits es aber dem Richter überließ, die Beschuldigten, die sich z.B. hartnäckig weigerten, die Fragen des Inquirenten *bestimmt* zu beantworten, nach Belieben zu peitschen.⁶ Nach der Abschaffung der Folter offenbarte nämlich die Praxis ein fast unwiderstehliches Bestreben, den den "normalen" Ablauf des Prozesses hindernden Inquisiten zum Gehorsam zu zwingen.

a) Position der Gesetzgebung

In dem beweisrechtlichen Vakuum versuchte die territoriale Gesetzgebung Rechtsnormen zu schaffen, die nach ihrer äußeren Gestalt nicht mehr die Kennzeichen der verbotenen Tortur an sich trugen (d.h. ihr Zweck nicht ausdrücklich das Herauspressen des Geständnisses war), jedoch gaben sie dem Inquirenten die Möglichkeit, mehr oder weniger nach den alten gemeinrechtlichen Gewohnheiten zu verfahren. Allein wichtig war die Funktion des Rechtsinstitutes, mit dessen Hilfe zu einem "beruhigenden" Urteil gelangt werden konnte.

aa) Bestimmungen preußischer Verordnungen

Nachdem das Prügeln der Inquisiten unter Friedrich dem Großen in Preußen ganz unter-

⁴ Ebd. S. 171.

⁵ Vgl. ARNIM, S. 32 ff.

⁶ Vgl. § 11 der Instruktion vom 26. Februar 1799 (Preußen); ARNIM, S. 34.

sagt worden war, erlaubte die Verordnung vom 26. Februar 1799 in sehr unbestimmten Ausdrücken wieder, den Verdächtigen in einigen Fällen zu schlagen.⁷

α) Die Frage, ob es ratsam und nötig sei, das Schlagen der Angeschuldigten wieder einzuführen, tauchte schon im Jahre 1796 auf. Die Thorensche Regierung⁸ beantragte nämlich, daß in speziellen Fällen eine körperliche Züchtigung der hartnäckig leugnenden Inquisiten zur "Herausbringung" der Wahrheit veranlaßt werden könne, und forderte hierüber ein Gutachten vom Kammergericht an.⁹ Das Kammergericht war in seinem sehr gründlich und vollständig abgefaßten Gutachten vom 8. August 1796 gegen den geplanten Antrag, und äußerte sich u.a. wie folgt: "Jede Schärfe ohne Unterschied des Namens, wodurch dem Angeschuldigten körperliche Pein zugefügt wird, um ihn zum Bekenntniß eines Verbrechens zu vermögen, dessen man ihn verdächtig hält, ist im Grunde nichts anders als *Tortur*. Das *Schlagen der Gefangenen* gehört mit eben dem Rechte dahin, als die regelmäßigen und systematischen körperlichen Peinigungsmittel, welche vormals Unwissenheit, Aberglaube und Despotismus zu diesem Zweck erdacht hatten."¹⁰ Das Kammergericht sprach sich dahingehend aus, daß "in der künftigen allgemeinen Criminalprocessordnung nicht nur die Tortur ohne alle Ausnahme, sondern auch überhaupt der Gebrauch *aller und jeder Zwangsmittel*, um dadurch einen Verdächtigen zum Bekenntniß des Verbrechens oder zur Angabe der Mitschuldigen zu bringen, zu untersagen, auch von dieser Regel, weder bis zur Erscheinung der allgemeinen Criminalprocesordnung, noch nach derselben, eine Ausnahme in den Südpreußischen Provinzen zu machen sei."¹¹ Durch die entschiedene Stellungnahme des Kammergerichtes unterblieb so zunächst die Wiedereinführung des Schlagens des Verdächtigen, das durch die angeführte Verordnung 1799 allgemein wieder erlaubt wurde.

Diese Rechtsnorm gab nämlich den Inquirenten folgendes Recht: Die Beschuldigten, die sich entweder hartnäckig weigern, die gestellten Fragen bestimmt zu beantworten, oder die der Inquirent auf offenbaren Lügen und Widersprüchen ertappt, sowie die der Inquirent für überführt erachtet, und die gleichwohl die Angabe verweigern (z.B. wo sich die gestohlenen Sachen befinden und was sie damit gemacht haben), nach "Gefallen und

⁷ Vgl. MITTERMAIER, Handbuch, S. 180 f.; HOLTZENDORFF, Handbuch des pr. St., S. 337.

⁸ Vgl. MAUS, S. 80 f.

⁹ Der preußische Justizminister ARNIM berichtet über das Amt des Richterkollegiums: "Man befahl zugleich dem Cammergericht, bei Erstattung dieses Gutachtens, besonders mit in Erwägung zu ziehen: daß die Rohheit des gemeinen Mannes in Südpreußen denselben für andere Überführungsmittel, die bei cultivirten Menschen gebraucht werden könnten, unzugänglich mache, und daß der Unterschied der Sprache selbst einem geschickten und geübten Inquirenten die Anwendung der gewöhnlichen Mittel, wodurch sonst auch ein verstockter und hartnäckiger Inquisit, ohne wirklichen Zwang, zum Geständniß der Wahrheit gebracht werden könne, ausnehmend erschwere." ARNIM, S. 32.

¹⁰ Vgl. ARNIM, S. 33.

¹¹ Die Erwähnung von Südpreußen will ein Hinweis auf einen zur damaligen Zeit berühmten Rechtsfall sein, dessen Gegenstand eine Reihe von rätselhaften Brandstiftungen in Südpreußen gewesen war. Vgl. ARNIM, S. 44 ff.

Gutfinden" zu schlagen, zu peitschen und zu züchtigen.¹² Diese Vorschrift hat die Tortur - wenngleich aufgrund einer anderen Überlegung und unter einer anderen Bezeichnung - im Ergebnis wieder eingeführt.

β) Die Kriminalordnung von 1805 schreibt zwar im § 285 vor, daß keine gewaltsamen Mittel angewandt werden dürfen, um den Verdächtigen zum Geständnis zu bringen, die §§ 292-297 beinhalten aber doch massive Maßnahmen gegen Lügner oder "verstockte Verbrecher".¹³ Die Verhängung der Züchtigung wurde jedoch komplizierter: Der Inquirent sollte nämlich, wenn er zuvor den Verdächtigen hinlänglich ermahnt und gewarnt hatte, dem Richterkollegium (dessen Mitglied er war) oder dem Obergericht die Sache anzeigen, und dies konnte durch ein Dekret eine Züchtigung eines solchen Angeschuldigten verfügen. Dies konnte besonders in den Fällen vorkommen, in denen der Verdächtige die Angabe der Mitschuldigen verweigerte,¹⁴ oder wenn ein Räuber oder Dieb den Ort, wo sich die entwendeten Sachen befanden, nicht anzeigen wollte. Die Züchtigung, die in Peitschen- oder "Ruthenhieben", bzw. Entziehung der Kost oder Einzelhaft bestand, mußte genau nach dem Dekret vollzogen und im Protokoll vermerkt werden. Die Tortur (hier in Form einer Ungehorsamsstrafe) als Symbol der Erniedrigung der menschlichen Würde des Verdächtigen lebte weiter.¹⁵

ab) Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuchs von 1803

Das Gesetzbuch bestimmt zuerst (§ 291), daß der Richter bei dem summarischen Verhör des Verdächtigen diesem ernst erklären soll, daß sein Schweigen bzw. widerspenstiges Betragen, sowie, wenn er keine Antwort auf die ihm gestellten Fragen geben oder seine Antwort auf andere, zur Sache nicht gehörende Gegenstände lenken will, nur zur Verschlimmerung seiner Situation gereichen kann. Das Gesetz gestattet aber hier noch keine Züchtigung.¹⁶ Es bestimmt, daß erst bei dem ordentlichen Verhör im Fall, daß das

¹² Die Untersuchungskommission ist im angeführten Rechtsfall (Fn. 10) vollkommen nach dieser Maxime verfahren. Vgl. ARNIM, S. 34.

¹³ Auch § 288 der KO verbietet alles Stoßen, Schlagen oder jede Zufügung eines körperlichen Leidens.

¹⁴ Vgl. § 294. Es gab dann eine zusätzliche Ungewißheit in der Beweisführung: Der Richter hatte nämlich das Recht zu entscheiden, ob das vorliegende Verbrechen von einer einzigen Person hätte begangen werden können. Wenn er das verneinte, konnte die Anwendung des Zwangsmittels folgen.

¹⁵ Schon in der zeitgenössischen Literatur erhoben sich gegen diese Vorschriften kritische Stimmen: "Man muß bei diesen Bestimmungen rügen: 1) daß erst das Obergericht die Züchtigung bestimmen könne, weil dem Inquirenten dadurch zu leicht Zeit und Gelegenheit entgehen; wie viel Zeit wird durch diese beständigen Anfragen verschwendet, wie lange werden Prozesse dadurch verzögert. 2) Auch vermißt man eine genauere Bestimmung für das Obergericht, in welchen Fällen es die Züchtigung erkennen dürfe; denn das Obergericht kann, wenn das Gesetz schweigt, ja eben so leicht ungerecht werden, als das Untergericht; und 3) wie oft sie wiederholt werden könne." MITTERMAIER, Handbuch, S. 181; vgl. PAALZOW, Teil 1, § 469.

¹⁶ Vgl. MITTERMAIER, a.a.O. S. 181 f.

ärztliche Gutachten die vom Angeschuldigten vorgespiegelte Sinnenverwirrung für reine Verstellung erklärt, der Richter den Verhafteten (nach vorausgegangener Warnung) zunächst an drei aufeinander folgenden Tagen bei Wasser und Brot eingesperrt halten, und bei Erfolglosigkeit (nach wiederholter Warnung) mit Streichen von drei zu drei Tagen bestrafen soll.¹⁷ Läßt der Verdächtige dann von der Verstellung noch immer nicht ab, so ist der Vorfall unter Beifügung sämtlicher Akten dem Obergericht vorzulegen.

Ebenso soll der Verhaftete bestraft werden, wenn er auf die an ihn gestellten Fragen gar keine Antwort gibt, obwohl der Richter ihn zuvor zur Pflicht, die Wahrheit zu sagen, ermahnt, und ihm Strafe wegen seiner Hartnäckigkeit angedroht hat.¹⁸ Genauso ist zu verfahren, wenn der Verhörte sich auf eine "boshafte ungestümme Art" betrügt, die Untersuchung durch Angabe eines offenbar als falsch bewiesenen Umstandes zu verzögern versucht und bei Lügen verharret.¹⁹

ac) Die bayerische Verordnung von 1806

Es war typisch, daß die Gesetze vor allen Dingen das Verbot der Anwendung der Folter fixierten, zugleich aber trotzdem Strafen für den Ungehorsam des Verdächtigen vorschrieben. In Bayern setzte sogar dieselbe Verordnung, die die Tortur aufhob, für einige Fälle auch Ungehorsamsstrafen fest.²⁰ Man kann als Ursachen solcher Strafen vier Hauptfälle unterscheiden:

α) Ungebührliches Betragen: als solches galt, wenn der Inquisit aus "Muthwillen oder Bosheit" lärmt und tobt, wenn er gegen den Inquirenten oder andere Gerichtspersonen Injurien oder Schimpfworte ausstößt, wenn er denselben eine körperliche Beleidigung (Verletzung) zuzufügen trachtet, sowie wenn er sich der Gewalt des Gerichts durch Flucht zu entziehen sucht. Der Verdächtige durfte wegen solchen Verhaltens mit Verschärfung des Gefängnisses oder mit körperlicher Züchtigung von 5 bis 10 Streichen bestraft werden (§ 3).

β) Verweigerung der Antwort. Dies war der Fall, wenn der Beschuldigte auf die ihm vorgelegten Fragen keine Erklärung von sich gibt, indem er entweder die Beantwortung derselben versagt oder vorgibt, den Richter nicht zu verstehen, sich taub, stumm, wahnsinnig, bzw. mit der "fallenden Sucht" behaftet stellt, und nach Aussage beeidigter

¹⁷ Beim Streichen soll folgenderweise verfahren werden: Mit 10 Streichen den Anfang machen, die Zahl jedesmal um 5 vermehrt und so bis auf 30 hinauf gesteigert wird (§ 363).

¹⁸ Vgl. a.a.O. § 364.

¹⁹ In all diesen Fällen konnte sich die Strafe jedoch nicht über 20 Streiche oder dreimaliges Fasten in einer Woche hinaus steigern. Vgl. MITTERMAIER, a.a.O. S. 183.

²⁰ Die Verordnung trat am 7. Juli 1806 in Kraft. Energisch erklärt sie im § 2, daß die Hofgerichte und Inquirenten sich nicht für befugt halten dürfen, die Tortur auf andere Weise, unter einem anderen Namen wieder einzuführen. Sie will nur diejenigen Zwangsmittel anwenden sehen, welche zur Beugung und Bestrafung des unbezweifelten Ungehorsams des Inquisiten gehören.

Sachverständiger oder Zeugen die Verstellung desselben "unbezweifelt" ist; ferner auch, wenn die Antworten nur allgemein sind.

Das Verfahren des Gerichts war in solchen Fällen recht differenziert. Der Verdächtige sollte zuerst bei Wasser und Brot drei Tage lang im Gefängnis gehalten, dann (wenn dies fruchtlos blieb) mit körperlicher Züchtigung von fünf bis zehn Streichen bestraft werden. Bei fortdauerndem Starrsinn sollte diese Sanktion von drei zu drei Tagen, jedoch nicht mehr als zweimal wiederholt werden.²¹ War der Inquisit durch alle diese Zwangsmittel nicht zu einer Antwort zu bewegen, so sollte der Richter in der Untersuchung ohne Rücksicht auf die Aussagen und Äußerungen des Verdächtigen fortfahren und den vollkommenen Beweis des Verbrechens durch die Person des Täters herzustellen suchen. Wenn es möglich war, auf die gefundenen Beweise allein eine Verurteilung zu bauen, so sollte der Verdächtige (seiner mangelnden Aussagen ungeachtet) zur "normalen" Strafe verurteilt werden.²²

γ) Unbestimmtheit der Antwort. Hierher gehören die Aussagen, mit welchen gar kein Sinn oder nur ein vieldeutiger verknüpft werden kann; wenn der Inquisit in seiner Antwort von einem ganz anderen Gegenstand redet, als worauf die Frage sich bezieht; wenn er seine Antworten "auf Schrauben stellt", d.h. so antwortet, daß weder eine Bejahung noch Verneinung des Nichtwissens darin liegt; wenn die Antwort viel zu allgemein ist. Beharrt der Inquisit in seiner Unbestimmtheit, und zwar "aus Bosheit", dann soll er gleich dem, der gar nicht antwortet, bestraft werden.²³

δ) Ungereimtheiten und Widersprüche liegen vor, wenn der Verdächtige verschiedene Umstände als wahr behauptet, von welchen der eine, sobald er für wahr angenommen wird, die Denkbarekeit oder Möglichkeit des anderen schlechterdings aufhebt, und gleichwohl der Befragte nach geschehener Vorhaltung auf seinen widersprechenden Aussagen beharrt, ohne ihre Unverträglichkeit auf glaubwürdige Art auszugleichen.²⁴

Es galt als ein wesentlicher Unterschied zur Tortur, daß während der Züchtigung an den Inquisiten keine speziellen Fragen gestellt werden durften. Sein Geständnis, das er während der Schmerzen ungefragt ablegte, war ungültig, wenn er es nicht nachher auf die vorgelegten Fragen hin wiederholte. Wie bekannt, war es gerade der Zweck der "peinli-

²¹ Der Richter hatte sich übrigens bei jedesmaliger Zumessung des Grades der Züchtigung "nach dem Grad des Ungehorsams" mit Rücksicht auf die Schwere des angeschuldigten Verbrechens zu richten. Siehe a.a.O. § 4.

²² Wenn auf das Verbrechen eine Lebensstrafe stand, sollte der Verdächtige im Gefängnis ferner verwahrt, und wenn er daselbst noch ein Jahr lang in seiner "Hartnäckigkeit beharrt", auf Lebenszeit ins Zuchthaus gebracht werden. Trotz der eventuell vollkommenen materiellen Gewißheit war dies wirklich eine *poena extraordinaria*.

²³ Vgl. MITTERMAIER, a.a.O. S. 186 f.

²⁴ Es sollten nur solche Widersprüche geahndet werden, die entweder auf das Straferkenntnis selbst oder auf den Fortgang der Untersuchung einen wesentlichen Einfluß hatten. An die Objektivität des Richters wurden dadurch erhebliche Anforderungen gestellt.

chen Frage", das Geständnis herauszupressen.²⁵

b) Meinungen der Rechtsgelehrten

Man könnte meinen, daß die prinzipielle Ähnlichkeit zwischen Folter und Ungehorsamsstrafe zumindest für die Rechtsgelehrten klar und eindeutig war. Die Wirklichkeit widerlegt aber diese Vermutung. Im Folgenden werden die gegensätzlichen Standpunkte kurz dargestellt.

ba) Albrecht Heinrich von Arnim

Der preußische Justizminister kritisierte besonders scharf die Bestimmung der Verordnung vom 26. Februar 1799, durch die die Züchtigung des Verdächtigen u.a. bei unbestimmter Antwort erlaubt wurde, weil dadurch der richterlichen Willkür Tür und Tor geöffnet worden sei: "Denn in dem ersten Fall jener dreifachen Erlaubniß zum Schlagen der Gefangenen (d.h. bei der Unbestimmtheit der Antwort) hängt es ja lediglich von der Willkür des Inquirenten ab: ob er eine Antwort des Angeschuldigten als *bestimmt* oder als *unbestimmt* ansehen und aufnehmen will, und das Schlagen des Angeschuldigten ist also in diesem Fall, in welchem noch nicht einmal von einem ganz oder zum Theil *Überführten*, sondern nur von einem Angeschuldigten, *nach dem Urtheil des Inquirenten bloß Verdächtigen*, die Rede ist, ganz der Beurtheilung und Willkür des Inquirenten überlassen."²⁶

Wie gesagt, es war vielleicht das wichtigste Ziel der Folter, ein Bekenntnis, also eine positive Aussage vom Verdächtigen durch Gewalt zu erhalten. Arnim sah genau, daß die erwähnte Bestimmung der preußischen Verordnung, indem sie die Züchtigung des Angeschuldigten erlaubte, der die Angabe verweigert, wo sich die gestohlenen Sachen befinden und was er damit gemacht hat, ein Instrument schuf, dessen wirkliche Funktion mit der Folter identisch war. Diese Auffassung erscheint deshalb als richtig, weil Arnim auch darauf hinwies, daß das begangene Verbrechen und damit/darin die Schuld des Verdächtigen in diesem Verfahren präsumiert wurde.²⁷ Nach der Meinung von Arnims kehrte also in der preußischen Strafrechtspflege die Tortur wieder: "Die Instruction vom 26sten Februar 1799 stellt also dadurch, daß sie das *Schlagen* der Angeschuldigten den

²⁵ Vgl. CCTh Art. 38, § 26.

²⁶ ARNIM, a.a.O. S. 35. Der Autor sieht ganz klar, daß die zuerkannte Sanktion bei der Ungehorsamsstrafe - ebenso wie bei der Folter - auf keinen Fall mit der *Strafe* gleichgesetzt werden kann, weil es nur um einen Verdächtigen und nicht um einen Überführten geht.

²⁷ ARNIM, a.a.O., S. 36: "Das Angeben, wo sich die gestohlenen Sachen befinden, und was er damit gemacht hat, setzt ja das *Stehlen* derselben nothwendig voraus; und indem also gewaltsame Mittel angewandt werden, ihn zu dieser Angabe zu bewegen, peinigt man ihn, um ein von derselben *unzertrennliches* Geständniß des angeschuldigten Verbrechens zu erpressen."

nur gar zu oft sehr leidenschaftlich handelnden Inquirenten überläßt, *nach dem Behaupten des Cammergerichts und nach den mit der ältern Gesetzgebung völlig übereinstimmenden Grundsätzen desselben*, die Tortur fürchterlicher wieder her, als sie es vormals war."²⁸

Die Ungehorsamsstrafe wurde sogar für ein noch gefährlicheres Mittel als die Folter gehalten, weil die Subjektivität des Richters einen zu großen Raum erhielt. Die Tortur konnte nämlich nur gegen einen wenigstens "halb überführten" Angeschuldigten stattfinden, und der Richter war so an vorgeschriebene, verhältnismäßig objektive Regeln gebunden. Die Verhängung der "peinlichen Frage" hing nicht ausschließlich vom Belieben des Richters ab, ihre "Spielregeln" waren genau festgelegt. "Hier aber ist die Entscheidung: ob und in wiefern der Angeschuldigte für überführt zu achten sei, dem einzelnen Inquirenten überlassen; hier bestimmt ein oft sehr leidenschaftlich handelnder, junger und unerfahrener Inquirent den Grad der Züchtigung, und bestimmt ihn gerade in dem Augenblick, da er über das Benehmen des Angeschuldigten unzufrieden und aufgebracht, und nur selten fähig ist, die Lage der Sache richtig und kaltblütig zu überlegen. - Ist das nicht mehr als Tortur? - Die Wahrheit zwingt mich, es zu bekennen, und es mit dem in der 9ten Note angeführten Rescript und mit dem Gutachten des Cammergerichts dafür zu erklären."²⁹

Es gebe darüber hinaus - so Arnim - einen weiteren Nachteil dieses gerichtlichen Schlagens: Was der Justiz selbst erlaubt ist, davon glauben andere Behörden noch weit unbedenklicher Gebrauch machen zu können, und außergerichtliche, auf die Kriminaluntersuchungen gleichwohl demnächst wesentlichen Einfluß gewinnende Mißhandlungen der Angeschuldigten könnten allgemein werden. Arnim erwähnt diese Gefahr bereits als eine Realität.³⁰

²⁸ ARNIM, ebd. S. 36 f. Wie vollkommen die Grundsätze des Kammergerichts mit den von ARNIM erwähnten, in der älteren Gesetzgebung angenommenen übereinstimmen, geht u.a. auch aus der an die "Breslauische Ober-Amts-Regierung" ergangenen Verordnung vom 4. Oktober 1766 hervor, worin es heißt: "Auch wollen Wir Euch bei Gelegenheit des wider den Inquisiten N.N. von Euch veranlaßten sogenannten *examinis rigorosi* nicht verhalten, daß dergleichen ohne vorgängiges rechtliches Gutachten eines Criminal-collegii und von Uns eingeholte Approbation niemals verordnet werden muß, wie Ihr solches auch schon *ex dispositive Cod. Fried. P. Iv. Tit. V. §. 8. Litt. g.* hätten entnehmen können; denn durch Veränderung des Namens leidet die Sache keine Aenderung, und das Schlagen der Gefangenen hat vor den gemeinen Arten der Tortur noch die Bedenklichkeit voraus, daß die an den Inquisiten verübte Gewalt ganz unbestimmt ist." Vgl. ARNIM, ebd. S. 37.

²⁹ ARNIM, a.a.O. S. 38. Es gab auch eine zusätzliche Schwierigkeit: Das Gesetz erteilt die Erlaubnis des Schlagens jedem Inquirenten, also nicht nur dem Richter, sondern auch den Referendarien, wenn sie zur Führung der Untersuchungen eingesetzt wurden. Vgl. KIRCHEISEN, Anm. zum oben angeführten Gutachten des Kammergerichts.

³⁰ "Vormals waren dergleichen Mißhandlungen der Angeschuldigten bei ihrer Arretirung von Seiten des Militärs und der Polizei beinahe unerhört. Sie fielen wenigstens höchst selten vor, und sie wurden gerügt. - Jetzt aber, nachdem man sich selbst bei der Justiz das Schlagen der Angeschuldigten erlaubt, sind sie ganz allgemein geworden, und könne kaum weiter gerügt werden, ob sie gleich bei Verwaltung der Criminaljustiz von den schrecklichsten Folgen sind, wie einige bald anzuführende Beispiele sehr auffallend bestätigen werden." ARNIM, ebd. S. 41.

Der berühmte Heidelberger Professor Mittermaier vertrat eine entgegengesetzte Meinung: Wenn eine Gesetzgebung auch die Folter aufhebt, so kann sie deswegen doch nicht die Fälle abschaffen, in denen ein "Verbrecher" hartnäckig leugnet, jeder Frage ausweicht und das Gericht täuscht. Der Richter habe zu entscheiden, welche Mittel unter welchen Voraussetzungen gegenüber dem Inquisiten anzuwenden sind, um ihn bei "abnormalem" Verhalten zu "normalem" Betragen zu zwingen. Der Richter sollte natürlich nicht nach eigener Willkür handeln: "Es gehört keine weitläufige Deduction dazu, um einzusehen, daß beim Mangel gesetzlicher Bestimmungen über diesen Punct die Willkür der Richter ohne Maaß ins Unendliche ausschweifen kann, daß wir dann wieder die Tortur eben so haben, und daß bloß der Name geändert ist."³¹

Mittermaier verwirft die Ungehorsamsstrafe nicht. Er geht vom folgenden Satz aus: "Jeder Bürger hat die heilige Pflicht schon als Unterthan, in dem Falle, wo er vor Gericht gerufen wird, I. sich würdig und ruhig zu betragen, keinen Muthwillen mit dem Staate zu treiben, und jede Handlung zu unterlassen, welche gegen den Privatmann zu thun schon verboten wäre. II. Er ist verpflichtet, Wahrheit dem Gerichte zu sagen. Sobald nun jemand eine dieser Pflichten vernachlässigt, sobald er solche verbotene Handlungen vornimmt, oder offenbare Unwahrheit sagt, sobald muß auch auf die verabsäumte Pflicht Strafe folgen, die nichts will, als dem Verbrecher für den vergangenen bezeugten Ungehorsam ein Uebel zuzufügen."³²

Der Ungehorsam wird bei ihm als ein strafwürdiger Tatbestand formuliert, und er wird als eine *positive*, rechtswidrige Handlung aufgefaßt. Das Bild spiegelt eine Auffassung, deren Wurzeln in der gemeinrechtlichen Doktrin verankert werden: Der Verdächtige wird lediglich als Untertan gesehen, dessen Ungehorsam als ein *quasi* Delikt mit einer selbständigen Strafe zu ahnden ist. Mittermaier ist aber der Meinung, daß sich Folter und Ungehorsamsstrafe in ihrem Wesen voneinander unterscheiden. Die Unterschiede sieht er im Folgenden:

α) Die Folter richtet sich allein gegen den Leugnenden (der eine ihm nachteilige Tatsache einfach verneint); Die Ungehorsamsstrafe dagegen trifft entweder einen Lügner, oder jemanden, der eine Antwort verweigert bzw. sich ungebührlich beträgt.

β) Die Ungehorsamsstrafe hat den Charakter der Strafe, d.h. einer gesetzlich bestimmten Folge einer unerlaubt begangenen Handlung - sie sieht daher immerhin nur auf das Vergangene. Die Folter ist dagegen nur für die Zukunft berechnet, sie will nur jemanden zum Geständnis bringen.

γ) Die Folter hat keinen anderen Zweck, als ein Geständnis zu erpressen; die Ungehorsamsstrafe will unmittelbar kein Geständnis erreichen sondern lediglich eine bestimmte Antwort - sie hat daher ihren Zweck erreicht, wenn der Inquisit nicht mehr lügt, sich nicht mehr "unartig" beträgt.

δ) Die Ungehorsamsstrafe kann nie einen Unschuldigen treffen, während bei der

³¹ MITTERMAIER, Handbuch, S. 166. Vgl. QUISTORP, Anweisung, S. 21 ff.

³² MITTERMAIER, ebd. S. 166 f.

Folter auch ein ganz Unschuldiger gefoltert werden kann.

e) Die Folter will nur einen Beweis für das Urteil haben, die Ungehorsamsstrafe will die Hindernisse entfernen, die der Untersuchung im Wege stehen; sie sei daher auch dann verdient, wenn schließlich die Unschuld des Bestraften erwiesen ist. Die Tortur zielt daher nur auf ein Bekenntnis der Schuld, die Ungehorsamsstrafe erfüllt ihren Zweck auch dann, wenn die Unschuld festgestellt wird.

Ʒ) Die Folter fügt ein "Übel" zu wegen einer zurückgehaltenen Aussage, die Ungehorsamsstrafe hingegen wegen einer getanen, positiven Äußerung bzw. positiven bösen Handlung.³³

Die Ungehorsamsstrafe sei also im wesentlichen ein erlaubtes, rechtmäßiges Mittel; die Strafrechtspflege müsse damit jedoch vorsichtig umgehen, um Mißbräuche zu vermeiden.³⁴ Es sei die Aufgabe der Gesetzgebung, die eventuellen Mißbräuche vorzusehen und die dagegen tauglichen Regelungen zu finden. Es seien die folgenden unbedingt vorzuschreiben: Das Gesetz solle vor allen Dingen das Maß der anzuwendenden Strafen feststellen;³⁵ die Schmerzen solcher Strafen sollten nicht so groß sein, daß sie der Folter gleichkommen; ebenso solle das Gesetz auch die Zahl der Wiederholungen dieser Ungehorsamsstrafen angeben und den Inquirenten anweisen, möglichst alle Suggestionen während der Zufügung dieser Strafen zu vermeiden.³⁶

Mittermaier versucht die Ungehorsamsstrafe auf eine objektive Grundlage zu stellen, um einerseits die in der Marter erscheinende Willkür vermeiden, andererseits die postulierten Vorteile der Ungehorsamsstrafe realisieren zu können.³⁷ Wir müssen aus heutiger Sicht sagen, daß Arnim den Kern dieser Frage wesentlich klarer erkannt hatte.

II. Die Lügenstrafe

Die Lügenstrafe, d.h. die Sanktion des "lügnerischen" Inquisiten, ist von der Ungehör-

³³ Der Autor schließt zufrieden seinen Gedankengang mit den Worten: "So erscheinen doch bedeutende Verschiedenheiten der Folter und der Ungehorsamsstrafen, und es hängt jetzt nur von den Aussprüchen der Gesetzgebung ab, ob die letztern zweckmäßig wirken sollen." MITTERMAIER, a.a.O. S. 176.

³⁴ "Auch die besten Gesetze helfen nichts, wenn unthätige schlechte Richter sie handhaben." - schreibt MITTERMAIER. A.a.O. S. 176.

³⁵ Die von ARNIM gerügte preußische Verordnung hat eine solche Vorschrift gar nicht enthalten. Vgl. ARNIM, S. 94.

³⁶ MITTERMAIER denkt daran, daß es bei den körperlichen Schmerzen immer möglich ist, das sie sehr nachdrücklich auf den Inquisiten wirken und ihn selbst zur Beantwortung von etwas bringen, was er sonst nicht gesagt hätte. Vgl. a.a.O. S. 178.

³⁷ "Wenn so das Gesetz alles thut, um die Willkür zu verhindern, so werden doch kaum diese Ungehorsamsstrafen als bloßes Surrogat der ehemaligen Tortur erscheinen, ihre nachtheiligen Wirkungen werden vermieden werden, und wenn dann die Gesetzgebung auch möglicherweise Lücken gelassen hat, so kann sie mit dem Schicksale alles Menschlichen sich trösten." - denkt MITTERMAIER. Ebd. S. 179.

samsstrafe nicht scharf zu trennen; beide Strafformen traten hauptsächlich nach der Abschaffung der Folter und betrafen die Angeschuldigten, die auf die Fragen des Richters (Inquirenten) "unpassende" Antworten gegeben hatten. Man könnte sagen, daß der Begriff "Ungehorsamsstrafe" auch die Lügenstrafe umfaßte, wobei die Lüge einen speziellen Fall des Ungehorsams des Verdächtigen darstellt. Diese Ansicht war im 19. Jahrhundert allgemein verbreitet und sie wird auch heutzutage vertreten.³⁸ Der Begriff der Ungehorsamsstrafe war sehr umfassend, indem er sich neben den unbestimmten, falschen usw. Antworten (also neben den verbalen Äußerungen) auch auf das ungebührliche Betragen des Angeschuldigten bezog.

Das Rechtsinstitut der Lügenstrafe dennoch gesondert zu behandeln, erscheint deshalb gerechtfertigt, weil es einen selbständigen, von der Strafe des Ungehorsams gut unterscheidbaren Charakter hatte. Die Lüge ist eine bestimmte Antwort des Verdächtigen, die aber der vom Richter erkannten oder zumindest vermuteten Wahrheit nicht entspricht. Es wurde für eine *quasi* selbständige Form der Lüge gehalten, wenn sich zwischen den verschiedenen Aussagen des Beklagten wesentliche Widersprüche ergaben - ihre Sanktion ist ein deutliches Beispiel für die Verdachtsstrafe.³⁹

1. Das Verhältnis des Leugnens zur Lüge

Das Leugnen als Äußerungsform des Verdächtigen ist manchmal der Lüge sehr ähnlich, weil darin auch ein negatives Verhalten gegenüber dem Gericht zum Ausdruck gebracht wird. Die Begriffe Lüge und Leugnen sind aber nicht gleichzusetzen; dies war in der Literatur bereits am Anfang des 19. Jahrhunderts anerkannt.

Wer gefragt wird, ob er ein Verbrechen begangen habe, und das in seiner Antwort verneint, der leugnet. Das Leugnen kann, muß aber nicht unbedingt eine Lüge sein; Wenn das Leugnen der objektiven Wahrheit entspricht, so ist es natürlich keine Lüge. Bei der Lüge verneint der Verdächtige nicht bloß einfach etwas, sondern er behauptet positiv das Gegenteil der Wahrheit. Mittermaier sieht die Unterschiede ferner folgendermaßen:

α) Man kennt bei der Lüge das Gegenteil der Aussage des Beschuldigten, so daß feststeht, daß er gegen seine Überzeugung spricht; bei dem Leugnen ist es hingegen nicht gewiß, daß man das Gegenteil als erwiesen betrachte.

β) Wer leugnet, verneint eine ihm schädliche Tatsache, während dies beim Lügner nicht zum Begriff gehört.

γ) Die Lüge zeichnet sich immer durch ein positives Behaupten aus, erscheint daher mehr *offensiv*, während das Leugnen meistens im einfachen Verneinen besteht, also

³⁸ Auch MITTERMAIER behandelt die Lüge als eine Erscheinungsform des strafwürdigen Ungehorsams des Verdächtigen; vgl. Handbuch, S. 170 ff.; aus der neueren Literatur vgl. GRAßBERGER, S. 154; MAUB, S. 6.

³⁹ Hinter der Verhängung der Strafe stand nämlich die Überzeugung, daß der Verdächtige auch durch die Lüge seine Schuld verstärkt. Ein Unschuldiger brauche nicht zu lügen. Vgl. MITTERMAIER, a. a. O. S. 171.

eher *defensiv* ist.⁴⁰

Die Ungehorsamsstrafen betrafen nicht alle Fälle des Leugnens. Das "einfache" Leugnen, wenn also der Verdächtige nicht lügt, wurde in der Strafrechtspflege nicht für strafwürdig erklärt, vor allen Dingen deshalb, weil der Staat keinen Maßstab für eine Strafanwendung hatte; es fehlte der Beweis des begangenen Unrechts oder der verweiger-ten Antwort. Im Geist des Naturrechts war das Leugnen im Strafverfahren als ein Recht des Angeschuldigten anerkannt: "Der Staat erkennt hier die Stimme der Natur, welche stark genug den Verbrecher zurückhält."⁴¹

2. Die Behandlung der Lüge in den Rechtsquellen

Mit der Abschaffung der Folter entstand prozessual eine Lücke, wobei dem Richter eine gesetzlich genau festgelegte Handhabe fehlte, um den Betroffenen zweifelsfrei zu überführen. Kraft der Existenz der "gesetzlichen Beweistheorie" war es notwendig, seitens der Gesetzgebung neue Zwangsmittel zu schaffen, mit deren Hilfe die Findung der - formellen - Wahrheit erreichbar schien, ohne die Folter anwenden zu müssen. Die Lüge galt dabei als höchst gefährlich, weil sie naturgemäß zur Irreführung des Gerichts besonders geeignet war.⁴²

Weil die Lüge und der Ungehorsam des Inquisiten ähnliche Erscheinungen sind, behandeln sie die Rechtsquellen in der Regel gemeinsam.⁴³ Es gibt freilich einige Verordnungen, die die "gerichtliche Lüge" verhältnismäßig selbständig behandeln - die einschlägigen Bestimmungen werden im Folgenden zur Illustration vorgestellt.

a) Preußen

Die Kriminalordnung (1805) beschäftigt sich in mehreren Paragraphen ausführlich mit "halsstarrigen Verbrechern", worunter auch die "Lügner" zu verstehen sind. Die Bestimmungen der Verordnung über die möglichen Zwangsmittel gegen den "frechen" Verdächtigen sind durchaus widersprüchlich. Allerdings dürfen keine gewaltsamen Mittel angewandt werden (§ 285), um den Verdächtigen zum Geständnis zu bringen - dies wäre

⁴⁰ Vgl. MITTERMAIER, a.a.O. S. 168 f.

⁴¹ MITTERMAIER, ebd. S. 169.

⁴² Es ist zu bemerken, daß die Strafe der Lüge (und des Ungehorsams überhaupt) des Verdächtigen auch während der Anwendung der Folter im Strafprozeß als natürlich galt. Zu deren Bestrafung diente vor allem die Tortur, sie war aber nicht selten selbständig geregelt. Diese Sanktion ist in unserem Verständnis jedoch gar nicht als "Lügenstrafe" im eigentlichen Sinne anzusehen, weil es das Ziel einer solchen Züchtigung ist, ein entsprechendes Bekenntnis bzw. Geständnis herauszupressen. Vgl. CJBC Teil 2, § 12; CCTh Art. 38, § 1.

⁴³ Vgl. Strafgesetzbuch für Bayern (1813), Teil 2, Art. 189; Österreichisches Strafgesetzbuch von 1803, §§ 363-365.

die buchstäbliche Wiedereinführung der Folter gewesen.⁴⁴ Die Züchtigung des "lügnerischen" Angeschuldigten war trotzdem erlaubt, wenn auch nicht durch den einzelnen Richter, sondern durch einen sog. Collegial-Beschluß. Damit nämlich "der halsstarrige und verschlagene Verbrecher durch freche Lügen... sich nicht der verdienten Strafe entziehen möge" (§ 292) soll der Richter nach der Verwarnung dem "Collegio", dessen Mitglied er ist, oder dem vorgesetzten "Landes-Collegio", die Sache vollständig anzeigen und zugleich über den körperlichen Zustand des Angeschuldigten berichten. Dieses Richterkollegium war dann befugt, die Züchtigung eines solchen Verdächtigen zu verfügen.⁴⁵

Es ist besonders bedenklich, daß in den folgenden Vorschriften nicht bestimmt wird, wie oft eine Züchtigung vorzunehmen ist. MAUß bemerkt hier sehr treffend: "Es kann daher wohl davon ausgegangen werden, daß eine erfolglose Züchtigung mit ziemlicher Sicherheit so oft wiederholt wurde, bis der Betroffene mit der Sprache herausrückte. Was war dies aber anderes als die ursprüngliche Folter?"⁴⁶

b) Baden

Das Besondere des badischen Strafedikts vom 1. Juli 1803 ist, daß von der Tortur noch nicht abgesehen wird; es enthält trotzdem Bestimmungen, die als "Erforschungsmittel der Wahrheit" bezeichnet werden und sich auf "hartnäckige Lügner" beziehen. Der Ausdruck "Erforschungsmittel der Wahrheit" war eine damalige (zynische) Bezeichnung der Sanktionen, denen auch die Lügenstrafe gehörte. Der Unterschied zwischen Folter und "Erforschungsmittel der Wahrheit" besteht darin (§ 17), daß, während das zweite (praktisch die Züchtigung) ein Teil der wirklichen Strafe ist, die erste immer eigene, nicht zu den gewöhnlichen Strafübeln gehörende Leiden zur Folge hat.⁴⁷ Es ist ein weiterer Unterschied, daß die "peinliche Frage" bei schweren, die Züchtigung bei geringen Verbrechen stattfindet. Es ist ein wichtiges Merkmal dabei, daß der Gesetzgeber die Lügenstrafe nicht zum Erforschungsmittel der Wahrheit rechnet - dadurch den Verdacht zu vermeiden, daß es hier um eine außerordentliche (Verdachts)Strafe geht.

Dem Untersuchungsrichter ist das Recht gegeben, Strafe wegen gerichtlicher Lüge zu verhängen. Der Gesetzgeber stellt dafür drei Vorbedingungen auf: Die Strafe muß

⁴⁴ Es wird sogar bestimmt: "Auch wegen hartnäckig verweigerten Antwort oder Angabe des Mitschuldigen oder wegen wirklicher Lügen soll künftig Niemand vom Richter eigenmächtig gezüchtigt, oder sonst thätlich gemäßhandelt werden." (§ 289)

⁴⁵ Die Züchtigung bestand in der Regel aus Peitschen- oder Rutenhieben. "Auch kann an deren Stelle nach Beschaffenheit des körperlichen Zustandes; Entziehung der besseren Kost, einsames Gefängniß, oder eine ähnliche der Gesundheit des Angeschuldigten unschädliche Maßregel gewählt werden." KO § 296.

⁴⁶ MAUß, S. 12; Vgl. TITTMANN, Geständnis, S. 105; NÖLLNER, Beiträge, S. 169 f.

⁴⁷ Vgl. RHENANUS, S. 21, Zus. 1; MAUß, S. 23 f.

α) "stets mit bestimmter Angabe wegen welcher gerichtlichen Lüge sie zugemessen wurde, mittelst Zwischenbescheid zu den Akten bemerkt, auch

β) bei dessen Verkündigung an den Beschuldigten den Vorhalt der Überweisungsgründe, woraus die Unwahrheit anders als aus einem bloßen nachgefolgten Geständniß klar am Tag liegt, gemacht und

γ) solche nie in die Form eines Erforschungsmittels gekleidet, also nicht in Bezug auf irgend eine Frage über noch unaufgeklärte Thatsachen gesetzt, noch mit Hoffnung oder Bewilligung eines Nachlasses an dem im Bescheid bestimmten Maß der Strafe auf den Fall einer richtigen Angabe der noch unaufgeklärten Thatsachen vorgesellschaftet werden."⁴⁸

Die Strafe der Lüge besteht in einer Geldbuße von ein bis zehn Gulden oder verhältnismäßiger Leibesstrafe, bei ledigen Leuten aber in körperlicher Züchtigung.

3. Rechtsgelehrte über die Lügenstrafe

Der Standpunkt der zeitgenössischen Rechtsliteratur hat überwiegend die jeweilige gesetzliche Regelung widergespiegelt; die Vertreter der Rechtswissenschaft waren in der Beurteilung dieses Problems nur selten mutige Vorreiter. So wurde auch die Lügenstrafe weitgehend akzeptiert. Es gab dennoch einige Rechtsgelehrte, die der Meinung waren, daß auch das Recht zur Lüge dem Verdächtigen im Prozeß zusteht.

a) Die überwiegende Meinung: die Lügenstrafe sei gerecht

Seit langem ging man von der fundamentalen These aus, daß der Bürger als Untertan dem Staat in jeder Beziehung unterworfen ist, folglich auch verpflichtet ist, im Prozeß die Wahrheit zu sagen. Daß die Folter zur Ermittlung der materiellen Wahrheit ein untaugliches Mittel war, wurde bereits im ausgehenden 18. Jahrhundert erkannt.⁴⁹ Das Bestreben der Justiz aber, den (vermuteten) Verbrecher unbedingt zu bestrafen, war so stark, daß man es nach der Abschaffung der Folter als unbedingt notwendig ansah, ein entsprechendes Mittel zu haben, um die erwünschte Wahrheit zu erforschen.⁵⁰

Die Bestrafung der "gerichtlichen Lüge" war nach allgemeiner Auffassung gerechtfertigt, sogar eine Pflicht des Staates. Die Ansicht von Hohbach repräsentierte zu ihrer Zeit (1830) die herrschende Meinung: "Hat nun hiernach der Staat nicht nur das

⁴⁸ Vgl. RHENANUS, S. 21 f., Zus. 1. Die Lügenstrafe gilt in solchen Fällen nach RHENANUS nicht als peinliches, sondern nur als ein bürgerliches Vergehen, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Lüge nur durch wissentliches Leugnen der Wahrheit oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen begangen wurde. Vgl. a.a.O. § 41, Zus. 1-4.

⁴⁹ Vgl. SONNENFELS, S. 47 ff. Es gab auch Verfechter der Folter; vgl. QUISTORP, Anweisung, Einleitung V.

⁵⁰ Vgl. QUISTORP, Bemerkungen, S. 4; KOCH, § 90; KLEINSCHROD, Rechte des Richters, S. 6.

Recht, sondern sogar die Pflicht, Verbrechen zu bestrafen, so müssen ihm nothwendig auch die Mittel dazu zu Gebote stehen, d.h. er hat nothwendig auch das Recht, diese Mittel zu gebrauchen... Der Staat hat daher auch das Recht, ihn (i.e. den Inquisiten) zu fragen, folglich er die Verbindlichkeit, zu antworten nicht nur, sondern auch gehörig, somit wahrheitsgemäß zu antworten."⁵¹

Etwa in gleichem Sinne formulierte Mittermaier, der aber auch das durch die Abschaffung der Folter entstehende Problem reflektierte: "Erst da, als mehrere Staaten die Folter abschaffen, mußte man um andere Mittel sich umsehen, durch welche man die Bosheit der Verbrecher und ihr freches Lügen bestrafen, zugleich sie zur Aussage der Wahrheit bestimmen könnte."⁵²

Auch ein Widerspruch in den Aussagen des Verdächtigen wurde als eine Art von Lüge angesehen und bestraft, dies aber erst dann, wenn der Widerspruch erwiesen werden konnte und wenn er so wesentlich war, daß dadurch die Untersuchung selbst in ihrem Gang litt. Zur zu bestrafenden Lüge zählte Mittermaier deshalb den Fall, daß der Angeschuldigte "eine Frage einmal auf eine, und das zweitemal auf eine ganz entgegengesetzte verschiedene Weise beantwortet, so, daß man nothwendig sieht, daß der Verbrecher einmal wenigstens die Unwahrheit gesagt habe."⁵³

b) Kritiker der Lügenstrafe

Paalzow hat wohl als einer der ersten (1807) dem Verdächtigen ein Recht auf Lüge zuerkannt und folgerichtig auch jede Lügenstrafe verworfen. Die Problematik der Lügenstrafe zeigt er am Bekenntnis des Inquisiten auf. Paalzow vergleicht den Strafprozeß mit dem Zivilprozeß und gelangt zu dem Schluß, daß es sinnvoll sei, wenn der Angeschuldigte im Kriminalverfahren anders als der Beklagte im Zivilprozeß ohne Rechtsbeistand bleibt. Denn dann muß der Verdächtige für sich selbst sprechen, während der Rechtsbeistand leugnen/lügen müßte, damit er seinen Mandanten nicht verrät - und diese Lüge sei je nach den Gesetzen unzulässig.⁵⁴ Er führt dann die englische Strafrechtspflege an, wonach es nicht angebracht ist, die Lüge des Angeschuldigten als eine strafwürdige Äußerung zu betrachten: "Nach alten englischen Gesetzen hatte das Bekenntnis einer Missethat nicht nur keine Beweiskraft, sondern brachte den Bekenner sogar in den

⁵¹ HOHBACH I, S. 464 f. Vgl. TITTMANN, Geständnis, S. 1; Handbuch, Bd. 4, S. 448 f., 453; HENKE, Handbuch, Bd. 3, S. 197, MÜLLER, S. 344.

⁵² MITTERMAIER, Handbuch, S. 165.

⁵³ Ebd. S. 171. Im Verständnis von MITTERMAIER gehört noch zur Lüge, "wenn der Gefragte einen actenmässigen als ganz anders vorkommenden Punct falsch erzählt, und das Gegentheil angiebt." Ebd.

⁵⁴ Vgl. PAALZOW, Bd. 1, S. 442 f. Er fügt gleichsam noch zu: "Man kann für diese Gewohnheit weiter nichts sagen, als daß sie die Natur des Inquisitionsprocesses mit sich bringe, in welchem Kläger und Richter in einer Person vereinigt sind." Ebd.

Verdacht, daß er verrückt sein mußte.⁵⁵

Der Standpunkt von Arnim war sehr radikal: Er stellte sich bereits am Anfang des 19. Jahrhunderts ohne Vorbehalt gegen die Lügenstrafe und gegen jegliche Art von Tortur. Der preußische Justizminister hielt sie auch für ungerecht, weil die Feststellung der Lüge durchaus willkürlich sei. Die Vorschrift der preußischen Verordnung vom 26. Februar 1799 wurde von ihm so heftig gerügt, weil sie es ganz der Beurteilung des Inquirenten überließ, "ob der Angeschuldigte sich einer offenbaren *Lüge* und eines *Widerspruchs* schuldig gemacht habe oder nicht... Wo eine *spätere* Aussage des Angeschuldigten den *frühern*, zuweilen nur aussergerichtlichen, Vernehmungen widerspricht, da wird er nicht Mißverständnisse, nicht erzwungene Bekenntnisse ahnden. Er kann und wird vielmehr jeden Widerruf und jede *spätere* von der frühern Aussage des Angeschuldigten abweichende Aussage für *Lügen* halten, insofern sie nicht mit seiner vorgefassten Meinung zu vereinigen ist, und er wird sich also zum Züchtigen des Angeschuldigten für berechtigt halten."⁵⁶

Außer Arnim und Paalzow gab es zwar kaum uneingeschränkte Gegner der Lügenstrafe, das Problem dieser Strafe verschwand nach 1848 trotzdem - einfach deshalb, weil es sich durch die Anerkennung der freien richterlichen Beweiswürdigung und durch den Abbau der Einrichtungen des absolutistischen Staates, u.a. durch die Schaffung der bürgerlichen Rechtsgleichheit, von selbst gelöst hatte. Sobald der feudale Inhalt des Begriffs "Untertan" beseitigt wurde, verschwand damit gleichzeitig auch die Strafe der "gerichtlichen Lüge". Sie paßte nämlich nicht mehr zur menschlichen Würde des Verdächtigen und den neuen Maximen des Rechts.⁵⁷

III. Die Instanzenbindung

Das Bestreben der strafrechtlichen Praxis und Theorie, den nicht überführten Verdächtigen seiner "verdienten Strafe" dennoch zuzuführen, hat noch eine besondere, allgemein verbreitete Sanktionsform zur Folge gehabt, die sog. Instanzenbindung (*absolutio ab instantia*). Diese war eigentlich eine bedingte Lossprechung. Die Justiz war nämlich lange unfähig, den Beschuldigten für unschuldig zu erklären, wenn die Beweise und Indizien zur Verurteilung (auch zu einer Verdachtsstrafe) ungenügend waren, jedoch ein bestimmter Verdacht geblieben war.

Es gab Instanzenbindung⁵⁸ auch schon zur Zeit der Anwendung der Folter (ihre Wurzeln reichen sogar in das römische Recht), ihre Funktion war damals aber eine

⁵⁵ A.a.O. Bd. 2, S. 5.

⁵⁶ ARNIM, S. 35 f.; BAUER, Lehrbuch, § 124, S. 195 Anm. b).

⁵⁷ Vgl. MAUB, S. 112; GERAU, S. 281, BAUER, Theorie, S. 73; MITTERMAIER, Strafverfahren, Bd. 2, §§ 76, 137, 138; TEMME, S. 73 f., 131.

⁵⁸ Bei ihrer Entstehung wurde sie eher als *absolutio ab observatione iudicii* oder *absolutio rebus stantibus prout stant* bezeichnet. Vgl. ALLMANN, S. 12 ff.; CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 431.

andere. Die Untersuchung wurde hier nicht endgültig aufgehoben, sondern gleichsam nur vertagt. Die bisher benutzten Beweismittel durften im nächsten Prozeß nicht wieder die Grundlage für eine erneute Verwendung der Tortur sein. Nur wenn sich neue Anhaltspunkte fanden, konnte abermals gegen den früher Entlassenen vorgegangen werden.

Nach Abschaffung der Folter hat sich der Charakter der Instanzenbindung insofern geändert, als sie dem Beschuldigten, der nicht überführt werden konnte, den Stempel eines verdächtigen Menschen aufdrückte, gegen den jederzeit eine neue Untersuchung unter beliebiger Benutzung der früheren Beweise (Indizien) möglich war. Das Rechtsinstitut der Instanzenbindung zu dieser Zeit wird im Folgenden auf der Grundlage einiger bedeutender Rechtsquellen dargestellt.

1. Das badische Strafedikt vom 4. April 1803

Das Gesetz hat neben der Verdachtsstrafe⁵⁹ auch die *absolutio ab instantia* "nach Erschöpfung der gesetzlichen Erforschungswege" ermöglicht, wenn sich weitere Beweise nicht auffinden ließen, die zu einer ordentlichen Strafe hinreichend gewesen wären. Es war dies ein Urteil auf "klagfrei", das den Verdächtigen "bis auf etwaig neuere zureichende Inzichten" nur von der Untersuchung befreite, ihm jedoch die Eigenschaft einer verdächtigen Person beließ; der Angeschuldigte wurde also nur von der Instanz entbunden.⁶⁰ Dies sollte namentlich dann ausgesprochen werden, wenn nach Beschaffenheit des Verbrechens und des Verdächtigen aus der Entlassung des "Täters" weder für die allgemeine Sicherheit noch für die gesellschaftliche Sittlichkeit Gefahr zu befürchten war.

Wenn aber in irgendwelcher Beziehung Besorgnisse mit seiner Entlassung verbunden waren, so hatte das Urteil "bei sonst schon anrühigen Personen" auf Verhaftung im Zuchthause und bei sonst "noch unbescholtenen Personen" auf Verhaftung im Arbeitshaus zu lauten.⁶¹ Es durfte nicht über die Hälfte jener Strafdauer hinaus ausgesprochen werden, die der Verdächtige zu erwarten gehabt hätte, wenn er des in Frage stehenden Verbrechens nach der Regel überführt gewesen wäre.⁶²

⁵⁹ Eine Verdachtsstrafe konnte nach dem Edikt nur verhängt werden, wenn geringere Verbrechen in Frage standen, die keine Zuchthausstrafe zur Folge haben konnten, und war nie über die Hälfte der auf den Überführungsfall gesetzten Strafe auszudehnen. Vgl. § 11.

⁶⁰ Vgl. a.a.O. § 18; ALLMANN, S. 64 f.

⁶¹ Es wurden als solche Fälle angesehen: vorsätzlicher oder überlegter Angriff auf Menschenleben oder Menschenfreiheit, Angriff auf die Staatssicherheit durch Hochverrat oder auf die Sicherheit der Privatexistenz, so u.a. Mord, Notzucht etc., sowie alle Angriffe auf das Vermögen, welche von "Landstreichern und Gaunern" geschahen. Vgl. a.a.O. § 10.

⁶² Vgl. a.a.O. §§ 10 und 18. ALLMANN betrachtet dies als eine im Instanzenbindungsurteil ausgesprochene polizeiliche Sicherheitsmaßregel; vgl. ALLMANN, S. 66.

2. Die preußische Kriminalordnung vom 11. Dezember 1805

Als sich das Bestreben am Anfang des 19. Jahrhunderts verstärkte, die Folter zu beseitigen, wurden oft Rechtsregeln mit dem Ziel erlassen, keinen Verbrecher seiner Strafe entgehen zu lassen. So gesehen ist es kein Zufall, daß sich in dieser Zeit mehrere Edikte, Verordnungen usw. mit der außerordentlichen Strafe und mit der Instanzenbindung beschäftigten. Die preußische Kriminalordnung zeigt die damals typische Auffassung in bezug auf die Instanzenbindung.

Die *absolutio ab instantia* wird "vorläufige Lossprechung" genannt, und sie findet statt, "wenn der eigentliche Hergang der Sache gar nicht hat aufgeklärt werden, und der Verdächtige den gegen ihn streitenden Verdacht nicht hat ablehnen können."⁶³ Es ist auffallend, daß der Gedanke der Schuldvermutung immer noch lebendig ist: Der Angeeschuldigte selbst muß den "gegen ihn streitenden Verdacht" entkräften.

Wie im badischen Edikt ist in der preußischen Kriminalordnung die Mitwirkung der Polizei bei der Instanzenbindung vorgesehen. Es stand dem Richter frei, einen nur vorläufig Losgesprochenen, bei dem zu befürchten war, daß er seine wiedererlangte Freiheit mißbrauchen würde, bei der Polizei seines Wohnortes anzuzeigen. Diese war dann verpflichtet, den Entlassenen sorgfältig zu beobachten und dem Richter von allen Umständen Nachricht zu geben, welche mit dem "begangenen" Verbrechen in Beziehung stehen könnten und sich nach der Entlassung des Verdächtigen ergaben.⁶⁴ Eine wirkliche richterliche Ermessensfreiheit gab es auch in dieser Frage (d.h. in der Verhängung der Polizeiaufsicht) nicht, da der Justiz- und der Polizeiminister für bestimmte Verbrechen dem Richter eine Anzeigepflicht auferlegte.⁶⁵

Die Untersuchung konnte dann jederzeit wieder eröffnet werden, sobald erhebliche Umstände, Anzeigen oder Beweismittel bekannt wurden, die in dem bisherigen Prozeß nicht vorgebracht worden waren (§ 411).

⁶³ KO § 409. Die völlige Freisprechung war auf die Fälle beschränkt, in denen das Verbrechen nicht erwiesen, oder die gänzliche Unschuld des Verdächtigen völlig erwiesen war. Doch wurde auch hier noch eine Abstufung gemacht, indem nur die völlige Freisprechung, die sich auf den vollen Beweis der Unschuld gründete, jederzeit eine Befreiung von einer neuen Untersuchung wegen desselben Verbrechens bewirkte, dagegen der aus Mangel an Beweisen Freigesprochene in gleicher Weise, wie ein von der Instanz Entbundener neuerdings in Untersuchung gezogen werden konnte, sobald dazu neue rechtlich begründete Veranlassungen vorhanden waren. Vgl. §§ 411, 413, 414; ALLMANN, S. 68; CONRAD, a.a.O. S. 447.

⁶⁴ KO § 410. Es ergingen aufgrund dieses Paragraphen zwei Reskripte, vom 12. September 1815 und vom 25. Juni 1832, betreffend die polizeiliche Observation der von der Instanz Losgesprochenen und die Mitteilung der Erkenntnisse an die Polizeibehörden zu diesem Zweck.

⁶⁵ Als solche Verbrechen galten: Verletzung der äußeren Sicherheit des Staates, Münzfälschung, Mord oder Totschlag, Raub und Diebstahl, Betrug und vorsätzliche Brandstiftung. Die Übersendung der Akten an das Polizeiministerium erfolgte jedesmal, wenn ein Staatsdiener wegen eines Verbrechens von der Instanz freigesprochen wurde. Vgl. KO § 410, Zus. 1; Reskript vom 12. September 1815. Über die Behandlung der unter polizeilicher Aufsicht stehenden Personen siehe ebd. Zus. 2.

3. Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813

Es war in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts allgemein üblich, den Beschuldigten beim bloßen Verdacht nicht zu einer ausdrücklichen Strafe, sondern zu einer mit Polizeiaufsicht verbundenen Instanzenbindung zu "verurteilen".⁶⁶ Der bayerische Kodex regelte dies folgendermaßen: "Sind die wider den Angeschuldigten aufgefundenen Verdachtsgründe und Beweise zur Verurtheilung nicht hinreichend, steht jedoch denselben ein Vertheidigungsbeweis nicht entgegen, oder bleibt, eines vorhandenen Vertheidigungsbeweises ungeachtet, noch so viel Verdacht wider den Angeschuldigten... um Jemand der Specialinquisition zu unterwerfen; so ist zu erkennen: »daß die Untersuchung wegen mangelnden Beweises einzustellen sey (Entlassung von der Instanz).«"⁶⁷ Mit derselben hätten die in dem Polizeistrafgesetzbuch verordneten Sicherheitsmaßregeln verbunden werden sollen.⁶⁸

Die bayerische Kodifikation galt als Vorbild - natürlich nicht nur für die Rechtsfragen der Instanzenbindung - für eine Reihe von anderen partikularen Gesetzgebungen.⁶⁹

⁶⁶ Vgl. Bayr. StGB (1813) Art. 329.

⁶⁷ Art. 356. Der von der Instanz Entbundene mußte die Prozeßkosten erstatten (Art. 407); ein klarer Beweis dafür, daß mit dem (entlassenen) Verdächtigen wie mit einem Schuldigen umgegangen wurde.

⁶⁸ Gemäß den Anmerkungen zum Strafgesetzbuch von FEUERBACH (Bd. 1, Einleitung § 8, S. 25.), sollte das Polizeistrafgesetzbuch als 3. Teil der gesamten Strafgesetzgebung dem Strafgesetzbuch seinerzeit nachfolgen, gelangte jedoch nicht zur Ausführung, weshalb sich an die Instanzenbindung weitere Sicherheitsmaßregeln nicht anschlossen. Vgl. ALLMANN, S. 74.

⁶⁹ Dem bayerischen Kodex waren nachgebildet u.a. das "Strafgesetzbuch für die herzoglich holsteinisch-oldenburgischen Lande vom 10. September 1814 und das weimar-eisenachische Gesetz vom 7. Mai 1819. Weder der dringende noch der entfernte Verdacht bewirkte zwar Strafe, konnte jedoch nur zur Entlassung von der Instanz führen (Art. 812, 839, bzw. § 38). Vgl. HOLTZENDORFF, Strafprozeßrecht, S. 100.

3. Kapitel

Die Preisfrage des Archivs des Criminalrechts über die Verdachtsstrafe: "In wie fern lässt sich eine ausserordentliche Strafe... rechtfertigen?"

Zur Zeit der Aufklärung war ein Preisausschreiben in Europa eine beliebte Form, um sich mit kriminalpolitischen Fragen, umfassenden oder einzelnen Problemen der Rechtsentwicklung auseinanderzusetzen.¹ "Sie wurden von Akademien, gelehrten und gemeinnützigen Gesellschaften, nicht selten aber auch von besorgten Landesvätern ausgelobt, um das interessierte Publikum zur Mitarbeit aufzufordern."² Die Kontakte, die auf diese Weise zwischen dem Publikum und der die Preisaufgabe stellenden Person bzw. Institution zustande kamen, waren gegenseitig fruchtbar: Diese Methode bot nicht nur den Bewerbern die Chance, sich einen guten Ruf zu erwerben, sondern lenkte zugleich die Aufmerksamkeit auch auf den Stifter - manus manum lavat. Eine solche "Reklame" brauchte vor allem eine neu gegründete wissenschaftliche Zeitschrift wie das *Archiv des Criminalrechts*, deren Herausgeber ein Preisausschreiben über die Verdachtsstrafe auslobten.³

Die beiden Gründer und Herausgeber der vierteljährlich erscheinenden Zeitschrift, Ernst Ferdinand Klein⁴ und Gallus Alloys Kleinschrod⁵, waren angesehene Vertreter der Strafrechtswissenschaft ihrer Zeit. Das *Archiv* wollte ein neues Forum für aktuelle Themen des Kriminalrechts sein: "Die Herausgeber haben bereits in der Ankündigung dieser Zeitschrift bekannt gemacht, was das Publicum von diesem Archive zu erwarten habe. Der Hauptzweck desselben ist Aufbewahrung und schnelle Bekanntmachung der merkwürdigsten Gesetze, Einrichtungen, Begebenheiten und Schriften, welche sich auf das Criminalwesen beziehen. Es wird jedoch weniger auf die Ausfüllung aller Rubriken in jedem Stücke, als vielmehr darauf gesehen werden, daß das Merkwürdige von jeder Art, welches sich auf den Zweck des Archivs bezieht, so bald, als möglich, mit-

¹ Vgl. ST.SCHMIDT, 28 f., EB.SCHMIDT, Einführung, S. 221 f.

² ALKALAY, S. 21; vgl. den Vorbericht von GLOBIG/HUSTER, Abhandlung.

³ Die Bekanntmachung erfolgte bereits im zweiten Heft des ACrR, im Jahre 1799. Das erste Heft ist 1798 erschienen.

⁴ Sein vollkommener Titel hieß: Königl. Preuß. Geheimer Justiz- und Kammergerichts-Rath, Director der Universität und Vorsteher der Juristen-Facultät zu Halle, Mitglied der Academie der Wissenschaften zu Berlin. Er wirkte an der preußischen Gesetzgebung (ALR), vor allem am strafrechtlichen Teil mit; Bahnbrecher des sog. "zweispurigen Strafsystems". Vgl. KLEINHEYER/SCHRÖDER, S. 329.

⁵ Hofrat und Professor der Rechte an der Julius-Universität zu Würzburg.

geteilt werde.⁶ In der Tat: Es beschäftigte sich ausführlich mit den neuesten in- und ausländischen Strafrechtsquellen und ebenso mit Einzelproblemen - die Problematik der außerordentlichen Strafe ist hier in erster Linie zu erwähnen.

Um diese beweisrechtliche Frage, deren Aktualität zur damaligen Zeit noch sehr lebendig war, eingehend vor der Öffentlichkeit zu erörtern, wurde die Preisfrage gestellt. Klein und Kleinschrod selbst haben als Prämie für die beste Abhandlung 50 Reichstaler in Gold, den Louis d'Or zu 5 Talern gerechnet, ausgesetzt.⁷ Die Bekanntmachung der Preisfrage fand am 24. Juni 1798 statt, und die Bewerber hatten bis zum 1. August 1799 Zeit, um ihre Arbeiten, mit einer Devise bezeichnet, zu verfertigen und an einen der "Kampfrichter" einzusenden. Das Richteramt hatte der Präsident des Kammergerichts in Berlin Friedrich Leopold Kirchseis übernommen.⁸ Die Verleihung des Preises wurde Ende des Monats Dezember 1799 bekannt gegeben. Den ausgesetzten Preis garantierte die Verlagshandlung.⁹

I. Die Aufgabe der Bewerber

Obwohl das Problem der außerordentlichen Strafe sehr reizvoll war, wurden nur sieben Abhandlungen eingesandt.¹⁰ Wir kennen davon nur die vier Preisschriften, die im dritten Band des *Archivs* publiziert worden sind. Der vollständige Text der Preisfrage lautete folgendermaßen: "In wie fern läßt sich eine außerordentliche Strafe, welche nicht als bloßes Sicherheitsmittel, sondern als eigentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen? und wenn dieses nicht möglich ist, welches Mittel kann man an deren Stelle setzen, um auf der einen Seite das gemeine Wesen gegen listige oder hartnäckige Verbrecher, und auf der andern die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen den Eigendünkel und die Willkühr des

⁶ ACrR Bd. 1(1799), Stück 1, S. 183.

⁷ Zum Vergleich: Die von der Berner Ökonomischen Gesellschaft am. 5.2.1777 ausgeschriebene Preisfrage wurde ursprünglich mit 50 Louis d'Or dotiert, und wurde kurz darauf auf 100 Louis d'Or erhöht. Vgl. ST.SCHMIDT, S. 30 f.

⁸ KIRCHSEIS, verdienter preußischer geheimer Staats- und Justizminister, geb. zu Berlin am 28. Juni 1749, starb daselbst am 18. März 1825. Ab 1767 studierte er in Halle. 1776 erhielt er eine Assessorstelle im Oberrevisionskollegium des Reichskammergerichtsrates; leitete die Arbeiten der Kriminaldeputation des Kammergerichts. Ab 1795 Vizepräsident, bald erster Präsident des Kammergerichts. Er hat im Rahmen der Kodifikationsarbeiten unter FRIEDRICH DEM GROßEN die Ausarbeitung eines Entwurfes zum Sachenrecht vorgenommen. Vgl. ADB Bd. 15, S. 789-791.

⁹ Hemmerde und Schwetschke zu Halle.

¹⁰ Diese Zahl erscheint niedrig wenn man an andere zeitgenössische Preisfragen denkt, z.B. an die 1780 ausgeschriebene Preisaufgabe: "Welches sind die besten ausführbaren Mittel, dem Kindermorde Einhalt zu tun?", zu der über 400 Beiträge eingingen. Vgl. SCHWÄRZ, S. 150 ff., WÄCHTERSCHÄUSER, S. 34 ff. und ST.SCHMIDT, S. 116.

Richters zu schützen?"¹¹ Bevor einige Bemerkungen zur Aufgabenstellung gemacht werden, sei es erlaubt, die Erläuterung des Preisausschreibens im Original anzuführen:

"Daß die Quantität der Strafe sich nicht nach der Quantität der Ueberzeugung von der Gewißheit des Verbrechens und seines Urhebers richten könne, sondern daß ein Schuldiger in die gesetzliche Strafe verurtheilt, ein unschuldiger aber freigesprochen werden sollte, ist klar. Hieraus ergiebt sich auch zugleich, daß ein Erkenntniß auf eine außerordentliche Strafe sich nur als Nothbehelf einigermaßen entschuldigen, aber nicht rechtfertigen lasse, weil sie für den Schuldigen zu gelinde, für den Unschuldigen aber zu hart ist. Würde der, welcher durch seine Schuld in Verdacht gerathen ist, zu Folge dieses Verdachts der öffentlichen Sicherheit wegen in Verwahrung gebracht, so ließe sich dieses zwar rechtfertigen, es würde aber nicht wie eine eigentliche Strafe angesehen werden können. Immer bleibt alsdann noch die Frage übrig, wie es in denjenigen Fällen gehalten werden sollte, wo der Verdacht dringend, gleichwohl aber kein strafbares Factum, welches eine Einschränkung der Freyheit zur Folge haben könnte, als gewiß anzunehmen wäre? Sogar die Folter, wenn sie sich auch übrigens rechtfertigen ließe, würde dem Uebel nicht abhelfen. Uebersteht der Verdächtige die Marter, und wird dennoch als ein gefährlicher Mensch seiner Freyheit beraubt, so ist es offenbar widerrechtlich. Wird er freigelassen, so ist die Gefahr für das gemeine Wesen um desto größer, je mehr sich die Folter rechtfertigen ließ. Denn wer kann Vertrauen zu einem Menschen haben, dessen Freysprechung auf Rechnung seiner Hartnäckigkeit geschrieben wird?

Ueberall wird man dem entschlossenen Bösewichte (denn dafür wird man ihn halten), aus dem Wege gehen; und es würde ihm nichts übrig bleiben, als der offenbare Krieg mit der menschlichen Gesellschaft, welche ihn überall ausstoßen und feindlich behandeln würde.

Der einzige Ausweg scheint hier ein Gericht der Geschwornen zu seyn, welches, wie in Frankreich, ohne Rücksicht auf irgend eine durch Gesetze bestimmte Theorie vom Beweise, allein nach seiner innern Ueberzeugung urtheilte. Es scheint auch, als lasse sich hierin von dem gesunden Menschenverstande mehr als von irgend einer steifen Theorie erwarten; aber ganz anders wird hierüber derjenige urtheilen, welchem auch nur einige Beyspiele von Verurtheilungen aus bloßen Anzeigen bekannt sind, welche der gemeine Menschenverstand vollkommen gebilliget haben würde, die aber dennoch, wie es sich in der Folge zeigte, einen Unschuldigen trafen.

Wohin man auch seine Augen werfen mag, wird man überall Schwierigkeiten wahrnehmen, welche auch dem aufmerksamsten Beobachter unübersteiglich scheinen werden. Der bekannte Spruch, daß man lieber 10 Schuldige freisprechen, als einen Unschuldigen verurtheilen müsse, klingt schön, setzt aber das gemeine Wesen selbst nicht nur der größten Gefahr aus, sondern begünstiget auch offenbar die Unredlichen und Halsstarrigen; da hingegen zu Folge desselben die Weichen und redlicher Gesinnten als Opfer ihres zärtlichem moralischen Gefühls fallen würden."¹²

An diesen Ausführungen ist zu sehen, daß die Stifter des Preisausschreibens

¹¹ ACrR Bd. 1(1799), Stück 2, S. 155.

¹² A.a.O. S. 152-154.

eigentlich die Problematik der Verdachtsstrafe erörtern lassen wollten. Darauf weist die Auslegung des Begriffes der außerordentlichen Strafe, als eine solche, die "für den Schuldigen zu gelinde, für den Unschuldigen aber zu hart ist", hin. Im Wortgebrauch der Herausgeber wird der Ausdruck "*außerordentliche Strafe*" völlig im Sinne der *Verdachtsstrafe* und nicht mehr einfach als Synonym für die *poena arbitraria* oder *poena extraordinaria* behandelt. Der letztere *terminus* bezog sich vor allem auf das materielle Recht, und bezeichnete im gemeinen Recht seit Carpzow die Strafen, die nach richterlichem Ermessen festgesetzt wurden.¹³ Gegen Ende des 18. Jahrhunderts ist dieses Rechtsinstitut allmählich in den Hintergrund getreten: Das Gesetzbuch Josephs II. von 1787 schafft die außerordentliche Strafe durch den berühmten § 13 praktisch völlig ab. Der zeitgenössische, in vieler Hinsicht sehr ähnliche Kodex, das ALR, unterscheidet zwar zwischen außerordentlicher und willkürlicher Strafe, die erstgenannte bedeutet aber nur noch die gegenüber der *poena ordinaria* geminderte Sanktion (Teil II, Tit. 20, §§ 34, 35). Während also die Rechtsquellen die außerordentliche Strafe mehr in materiellrechtlichem Sinne behandeln, wird hier derselbe Begriff vorwiegend prozeßrechtlich aufgefasst. Die *poena extraordinaria* veraltete durch den Einfluß der Aufklärung mit der Durchsetzung der These *nullum crimen, nulla poena sine lege* zur Jahrhundertwende als materiellrechtliches Phänomen, als beweisrechtliches Problem blieb sie aber immer noch lebendig.

Man versuchte nach dieser Wende die außerordentliche (Verdachts)Strafe als nützliches und notwendiges Mittel gegen äußerst gefährliche Menschen zu rechtfertigen und damit die Verdachtsstrafe zum Sicherungsmittel umzuqualifizieren.¹⁴ Der Standpunkt von Klein und Kleinschrod erscheint in dieser Frage als eher unsicher: Einerseits gehen sie davon aus, daß eine solche Verdachtsstrafe nicht wie eine eigentliche Strafe angesehen werden kann - eine "Verwahrung" und eine Strafe sind miteinander nicht vereinbar; das ist ein fortschrittlicher Gedanke. Was hat aber mit den höchst verdächtigen Leuten zu geschehen? - das sei eine Aufgabe für die Bewerber.

Viel eindeutiger ist die Beurteilung der Folter, die zur damaligen Zeit in den meisten Ländern bereits abgeschafft worden war. Bei deren Behandlung gibt es aber etwas, was sehr auffallend ist: Die "peinliche Frage" wird nicht aus der Sicht des Inquisiten, sondern des Publikums behandelt! Also gerät wieder der Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit in den Vordergrund - "Denn wer kann Vertrauen zu einem Menschen haben, dessen Freisprechung auf Rechnung seiner Hartnäckigkeit geschrieben wird?" Hinter dieser Formulierung steht doch wohl die Schuldvermutung - der Verdächtige ist in der Folter bei dem Geständnis seiner Schuld bloß davongekommen, er sei jedoch zu bestrafen, zumindest nicht auf freien Fuß zu lassen. Die Möglichkeit, daß der Angeschuldigte eventuell völlig unschuldig ist, wurde kaum in Erwägung gezogen.

"Der einzige Ausweg scheint hier ein Gericht der Geschwornen zu seyn" -

¹³ Eine *poena extraordinaria* konnte in zweierlei Hinsicht verhängt werden: Einmal, wenn das Gesetz zwar die Straftat benennt, aber die zu verhängende Strafe nicht festlegt. Zum zweiten aber auch in Fällen, die im Text des Gesetzes nicht für strafbar erklärt, jedoch strafwürdig sind. Als die abstrakt formulierten Codices noch fehlten (auch in der *Carolina* gab es noch viel Kasuistik), war der Bedarf dafür besonders groß. Vgl. CARPZOW, Qu. 133 Nr. 1, 2; NEEF, S. 1782 f.; SCHREIBER, Richter, S. 29.

¹⁴ Vgl. SCHAFFSTEIN, ZStW 101 (1989), S. 509 ff.

meinen die Stifter der Preisfrage. Dies ist eine wichtige Äußerung, die zeigt, daß nicht nur die Problematik der Verdachtsstrafe angesprochen wird, sondern daß es auch eine konstruktive Vorstellung von der Richtung der weiteren Entwicklung gibt. Es ist anscheinend klar geworden, daß die beweisrechtlichen Schwierigkeiten im Falle der Verdachtsstrafe mit den traditionellen Methoden nicht zu lösen sind. Das ganze Beweissystem soll von Grund auf erneuert werden. Es geht nicht darum, daß es lediglich an einer "steifen Theorie" mangelt; es geht vielmehr darum, daß in der Zukunft nach dem "gesunden Menschenverstande" geurteilt werden sollte - eine einfache, mutige Formulierung der freien Beweiswürdigung. Die Idee des auf die innere Überzeugung des Richters gebauten Urteils schien noch verfrüht zu sein, denn der Geist und die juristische Denkweise des gemeinen Rechts, gegen die einer der schwersten Vorwürfe gerade die richterliche Willkür war, waren im Rechtswesen noch sehr lebendig. Das Geschworenengericht aber, welches die freie Beweiswürdigung durch Laien durchsetzte, erschien tauglich, aus diesem Teufelskreis herauszuführen.¹⁵

Die Erläuterung schließt mit einem Aufruf an die Bewerber: "Wir müssen aber bitten, bey Beantwortung dieser Frage einen doppelten Gesichtspunkt zu nehmen, und nicht nur anzugeben, welche Mittel ein weiser Gesetzgeber zur Verhütung dieser Uebel brauchen könne, sondern auch den Richter zu belehren, wie er sich bey dem Mangel solcher Gesetze zu verhalten habe."¹⁶ Der praktische, strafrechtspflegerische Gesichtspunkt wurde damit in der Preisaufgabe betont.

II. Die einzelnen Preisschriften

Von den sieben eingesandten Abhandlungen sind wie gesagt nur jene vier bekannt, die im dritten Band des Archivs 1800 publiziert worden sind. Die Autoren der einzelnen Schriften sind teilweise angesehene Personen der damaligen Rechtswissenschaft gewesen: Eisenhart und Zachariä gehörten dazu, während die anderen verhältnismäßig wenig bekannt waren.

Johann Adam Bergk (1769-27. Okt. 1834) hieß der Teilnehmer, der seine Preisschrift mit der Devise "*Justitia est conservatrix civitatis*" aus Leipzig eingeschickt hatte. Welche Tätigkeit er in dieser Stadt ausgeübt hat, geht aus dieser Publikation nicht hervor.¹⁷ Soviel ist jedoch bekannt, daß er als Privatgelehrter in Leipzig lebte und teils

¹⁵ Der Teufelskreis wurde in folgendem erblickt: Man müßte ein neues Beweissystem aufbauen, weil im Rahmen des alten das Problem der Verdachtsstrafe nicht zu lösen ist - der einzige Ausweg scheint zu sein, dem Richter eine erhebliche Ermessensfreiheit zu gewähren; das wäre aber formell eine Rückkehr zur Zeit von CARPZOWS. Und das moderne Strafrecht kämpft eben gegen die richterliche Willkür - die Aufklärungszeit wird u.a. durch diese Bestreben gekennzeichnet. Mit den vorhandenen Mitteln ließe sich also keine Lösung zu finden.

¹⁶ A.a.O. S. 155.

¹⁷ In der Überschrift seiner Abhandlung ist lediglich zu lesen: "Preisschrift über dieselbe Preisfrage von Herrn J.A. Bergk in Leipzig"; BERGK, Preisschrift, S. 76. Interessant ist, daß ein Buch von ihm (Untersuchung...)
(Fortsetzung...)

unter seinem Namen, teils unter den Namen Hainichen und Julius Frey eine große Zahl heute vergessener populär-philosophischer Schriften veröffentlichte, die sich auf die Philosophie von Kant, auf Psychologie, Rechts- und Religionsphilosophie bezogen.¹⁸

Über Heinrich August Vezin (1745-1816) ist ebenfalls nur wenig bekannt: Er ist "Kanzleyrath" in Osnabrück (vorher Sekretär daselbst) gewesen, und hat seine Abhandlung mit dem Denkspruch "*Vitam impendere vero*" versehen.¹⁹ Wir wissen außerdem, daß er seit 1808 als Richter des Tribunals der ersten Instanz zu Osnabrück im Weser-Departement tätig war.

Carl Salomo Zachariä (14. Sept. 1769-27. März 1843), Professor des Lehnrechts an der Universität in Wittenberg, seit 1807 bis zu seinem Tod in Heidelberg, war ein namhafter Vertreter der Rechtswissenschaft seiner Zeit und beschäftigte sich neben dem Strafrecht auch mit anderen Rechtsgebieten.²⁰ Er verbarg sich hinter dem Kennwort "*Fiat justitia, et pereat mundus*".²¹

Die gekrönte Preisschrift wurde von Ernst Ludwig August Eisenhart (1762-2. August 1808) geschrieben; sie trug die Chiffre "*Potest poena dilata exigi, non potest exacta revocari*", hat "einen mit der Theorie und Praxis des Criminalrechts vertrauten scharfsinnigen Verfasser verraten, und den Preis einstimmig zuerkannt erhalten."²² Diese Schrift des jüngeren Helmstedter Professors Eisenhart²³ "darf aus heutiger Sicht als sein bedeutendstes Werk angesehen werden, obwohl sie sich nur den schon vorher von

¹⁷(...Fortsetzung)

gen) sogar ohne Ortsangabe des Verfassers veröffentlicht wurde. Er hat im Archiv mehrmals publiziert, jedoch nur unter der Bezeichnung: BERGK; vgl. z.B. Ueber die Strafgerechtigkeit und über die Strafklugheit, in: ACrR Bd. 2(1800), Stück 4, S. 139 ff.

¹⁸ Vgl. ADB Bd. 2, S. 389; NND Bd. 12(1834), S. 1254-1262.

¹⁹ Siehe VEZIN, S. 50-75.

²⁰ Einige seiner wichtigeren Werke: Handbuch des Königlich Sächsischen Lehnrechts, 2. vermehrte Auflage, Leipzig 1823; Handbuch des Französischen Civilrechts, 4 Bde., 4. verbesserte und bedeutend vermehrte Auflage, Heidelberg 1837; Vierzig Bücher vom Staate, 5 Bde., Heidelberg 1820-1832.

²¹ Siehe ZACHARIÄ, Preisschrift, S. 1-59.

²² "Nachricht von der Ertheilung des Preißes wegen der in Nr. 15. St. 2. Th. 1. des Archivs des Criminalrechts aufgeworfnen Frage", von den Kampfrichtern: KIRCHEISEN, KLEIN, KLEINSCHROD; in: ACrR Bd. 2(1800), Stück 4, S. 115.

²³ Sein Vater hieß Johann Friedrich EISENHART (gest. 1783) und war auch Professor der Rechte in Helmstedt. Vgl. WEIDLICH, S. 280-304. Der jüngere EISENHART promovierte in Helmstedt 1786, seit 1787 Privatdozent ebd.; er erlangte eine außerordentliche Professur 1788, eine ordentliche 1794.

Boehmer und Klein entwickelten Gedanken anschließt" - meint Schaffstein.²⁴ Diese Ansicht ist zu teilen, es ist aber noch hinzuzufügen, daß auch die Gründlichkeit, systematische Behandlung und Ausführlichkeit der Preisschrift (sie allein ist etwa so umfangreich wie die drei anderen publizierten Abhandlungen zusammen) wahrscheinlich für die Beurteilung maßgebliche Gesichtspunkte waren.

1. Johann Adam Bergk

Der Verfasser betont vor allem die Wichtigkeit der Gerechtigkeit, die als Minimum der Moralität gilt. Seiner Auffassung darüber ist der Einfluß Kants sehr wohl anzumerken: "Wer tugendhaft werden will, muß sich an allgemeine Maximen gewöhnen, und zur Bekanntschaft mit solchen und an ihre Angewöhnung wird der Mensch durch ein stetes rechtliches Verfahren des Staates geführt und erzogen."²⁵ Der Gedankengang der Preisschrift wird in fünf Abschnitten entfaltet, in welche der Autor die aufgeworfene Preisfrage gliedert: Der Begriff der Strafe selbst - Der Zweck der Strafe - Die Interpretation des Begriffes der außerordentlichen Strafe - Über die Gerechtigkeit der außerordentlichen Strafe - Die Probleme der Sicherungsmittel. Es bietet sich an, dieser Gliederung zu folgen.

a) Was bedeutet eigentlich "Strafe"?

Der Autor definiert den Begriff der Strafe in seinem Verhältnis zu den jeweiligen Strafgesetzen, als "ein wegen einer Gesetzübertretung durch den Staat zuerkanntes Uebel."²⁶ Dabei gibt es drei Elemente:

α) Das äußere Übel (die Beraubung der persönlichen Freiheit, Verminderung des Vermögens, Erbringung von Arbeiten usw.),

β) das von dem Staat verhängt wird (sonst geht es überhaupt nicht um Strafrechtspflege),

γ) wegen einer gesetzwidrigen Handlung - dieses letzte Moment ist das interessanteste. Auffallend ist, daß Bergk den Ausdruck "Gesetzübertretung" benutzt, und nicht etwa einfach von einer abstrakten "Rechtswidrigkeit" spricht. Das Gesetz hat den höchsten Rang unter den Rechtsquellen, seine Vorschriften gewähren eine hohe Objektivität. Es

²⁴ SCHAFFSTEIN, ZStW 101 (1989), S. 512. EISENHART schrieb mehrere Dissertationen und Bücher, darunter: Versuch einer Anleitung zum deutschen Stadt- und Bürgerrechte, o.O. 1791; Die Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange, ihren einzelnen Theilen und Hülfswissenschaften, nebst einer juristischen Encyclopädie, 1. Aufl. o.O. 1794.

²⁵ A.a.O. S. 76. Ähnlich in einer anderen Schrift, über die Aufgabe der Strafe: "Die praktische Vernunft verlangt daher Ausgleichung des sittlichen Werthes mit einem sinnlichen Gute und der Unsittlichkeit mit einem sinnlichen Uebel, dieses aber muß verschuldet, d.h. durch Freyheit zugezogen seyn." BERGK, Untersuchungen, S. 162.

²⁶ A.a.O. S. 78. Vgl. BERGK, Untersuchungen, S. 163 ff.

wird sogar die Maxime des aufklärerischen Strafrechts - *nullum crimen, nulla poena sine lege* - formuliert: "Eine Handlung ist nur in so ferne ein Verbrechen, als sie gegen ein vorhandenes Gesetz verstößt, und also kann ein Verbrecher rechtlicher Weise auch nur nach dem Gesetze gerichtet und durch dasselbe verdammt werden."²⁷ Auffallend ist in dieser Definition weiterhin, daß der Begriff der Strafe überwiegend aus der Sicht des Staates entfaltet wird, die Perspektive des Subjekts bzw. des Beschuldigten erhält kaum Gewicht.

Es war ein Kennzeichen der Epoche der Aufklärung, den Richter an den Buchstaben des Gesetzes zu binden.²⁸ So heißt es bei Bergk: "...der Richter, der die Strafe zuerkennt, ist nur so lange als gültig anzusehen, als er den Buchstaben des Gesetzes, welcher allein der Wille des Souverains seyn kann, weil er allgemeinverständlich seyn soll, befolgt. Jede willkürliche Deutung, jede Ausforschung des Geistes des Gesetzes ist unerlaubt".²⁹ Das schien logisch zu sein: Um die richterliche Willkür - die ein Dorn im Auge der damaligen Reformer war, und als die Verkörperung der Rechtsordnung des *ancien regime* gesehen wurde - zu vermeiden, sollen Gesetzbücher (vgl. das zeitgenössische "Kodifikationsfieber") geschaffen werden, damit möglichst das ganze Lebensgebiet der Staatsbürger durch Gesetze "gedeckt", ihr Verhalten dadurch geregelt wird. Bei der Anwendung des Gesetzes darf der Richter von dessen Vorschriften nicht abweichen - nur so ist ein modernes Rechtssystem durchzuführen. Dies war aber eine eher theoretische Vorstellung, die sich in der Praxis nicht bewährt hat - sie war zu starr.

b) Der Zweck der Strafe

Welches ist der Zweck der Strafe? - eine ebenso alte Frage wie das Strafrecht selbst; die Antwort hat sich demgemäß im Laufe der Zeiten immer wieder geändert. Der Autor unterscheidet zwischen materiellen und formellen Zwecken: Jene sind empirisch und ihre Erreichung sei ungewiß; diese aber allgemein und leicht zu erreichen. Durch Strafe die Menschen von Verbrechen abzuhalten (*praeventio generalis et specialis*), sei "fruchtlos" - der Präventionsgedanke wird von ihm angegriffen. Es sei nicht möglich, erfolgreich Prävention zu betreiben, weil der Eindruck der Strafe auf die menschliche Natur sehr mannigfaltig sei: "den Einen gewinnt eine gütige Behandlung, auf den Andern macht sie fast gar keinen Eindruck; den Einen schrecken physische Leiden, einen Andern machen sie halsstarrig; der Eine spottet der Drohungen, die man gegen ihn ausstößt, den Andern empören sie."³⁰ Die präventive Strafe sei sogar durchaus ungerecht: "Man will zur Verhütung von zukünftigen Verbrechen auf Unschuldige einen ungewöhnlichen Eindruck

²⁷ Ebd. S. 79.

²⁸ Vgl. z.B. *Josephina* I § 13.

²⁹ A.a.O. S. 80.

³⁰ Ebd. S. 82. ³⁰¹

machen, und man thut ihnen wehe, ob sie gleich nichts verschuldet haben."³¹ In diesem Zusammenhang weist Bergk nachdrücklich auf die Bedeutung der Würde der Person des Verbrechers hin. Die Formulierung ist fast pathetisch und stellt den Verbrecher geradezu als Opfer dar: "Man behandelt ihn als bloßes Mittel zu erdichteten Zwecken, und sieht ihn für ein Opferthier an, das für die Sünden des Volkes büßen soll."³² Die auf Prävention gebauten Strafzwecke sind also nicht nur praktisch unerreichbar, sondern auch widerrechtlich: "Der Mensch darf niemals weggeworfen werden."³³

Demgegenüber trifft die gerechte und zweckmäßige Strafe - neben der Vermeidung der richterlichen Willkür - nur denjenigen, der die allgemeine Gesetzlichkeit aufgehoben hat, um das Gleichgewicht wieder herzustellen.³⁴ Schwerpunkt ist also das Gleichgewicht, in gewissem Sinne die Einheit des Staates; eine spekulative Einheit, die immer wieder geheilt werden soll: "Der Zweck der Strafe geht also auf die Erhaltung des Staates, der Eine rechtliche Person ist, und der stets Eine Person bleiben soll; diese Einheit wird aber durch ein Verbrechen aufgehoben, und bleibt es so lange, als der Verbrecher nicht bestraft ist."³⁵ Das ist eine reine Fiktion, eine Art von Vergeltungstheorie. Dieser Zweck sei allein rechtmäßig, weil er sich nur auf den Täter bezieht, und weil er lediglich die Wiederherstellung der gestörten Rechtsordnung beabsichtigt. Es grenzt dies fast an die Wiederbelebung des Talionsprinzips: "Es widerfährt ihm daher das, was er den Andern angethan hat, und es fällt ihm das Loos, das er verdient hat."³⁶ Die Strafe erscheint bei Bergk als Selbstzweck, und trägt ihre Vernunft in sich; durch die Strafe wird die abstrakte Einheit des Staates von selbst geheilt.³⁷

³¹ Ebd. S. 84. BERGK steht mit dieser Meinung in Opposition zu FEUERBACHS Theorie des psychologischen Zwangs. Vgl. KLEINHEYER/SCHRÖDER, S. 84.

³² Ebd.

³³ Ebd. S. 85. Die Einwirkung des Naturrechts auf das Denken von BERGK ist ganz klar.

³⁴ Vgl. ebd. S. 86 f.

³⁵ Ebd. S. 87.

³⁶ Ebd. S. 88. Wie inkonsequent diese Argumentation ist, kommt erst bei der Beurteilung der Todesstrafe ans Licht. Demnach sollte ein Mörder unbedingt vernichtet werden, um das "Gleichgewicht wieder herzustellen - gegen die Todesstrafe protestiert aber u.a. die Humanität. Das Vernichten des Menschenlebens ist mit den Postulaten der Aufklärung nicht vereinbar: "Der Staat kann niemand zwingen, sein Leben für einen Andern aufzuopfern, wenn er es nicht freywillig thut, noch viel weniger darf er einer Uebertretung wegen, die schon geschehen ist, ein Menschenleben schlachten... Die Sicherheit des Staats darf nie Menschenopfer verlangen..." BERGK, Untersuchungen, S. 177 f.

³⁷ In einer anderen Arbeit schreibt BERGK über dieselbe Frage: "Der Zweck der Strafe ist weder Besserung noch Rache, sondern Ausgleichung des sittlichen Unwerthes durch physische Leiden. Sie ist die natürliche Folge der Harmonie einer moralischen mit einer sinnlichen Welt. Man darf sie daher nicht als Mittel zu irgend etwas, sondern selbst als Zweck betrachten, der ausgeführt werden soll, weil etwas hervorgegangen, worauf er nothwendiger Weise durch Freyheit erfolgen soll." Untersuchungen, S. 169.

c) Die Interpretation des Begriffes der außerordentlichen Strafe

Bergk formuliert den Begriff der außerordentlichen Strafe etwa in gleichem Sinne, wie es seit Carpzow in der strafrechtlichen Literatur üblich war - vorwiegend materiellrechtlich und unter zwei Hauptformen: Um eine außerordentliche Strafe handelt es sich, "wo man entweder über das Gesetz hinausgeht, und also einen Verbrecher härter straft, als das Gesetz gebietet, oder überhaupt jemandem ein Uebel zufügt, das er nach dem Gesetze nicht verdient hat, z.B. wenn man einen Verdächtigen als einen Ueberführten behandelt, oder wo man auch unter dem Gesetze bleibt und gelinder straft, als dasselbe gebietet."³⁸ Das im angeführten Text verwendete Beispiel (einen Verdächtigen wie einen Überführten behandeln) - worunter richtig der Tatbestand der sog. "Schufferei" (Carpzow=*stellionatus*) verstanden werden müßte, verrät woran der Autor eigentlich denkt: an die Verdachtsstrafe. Jede Abweichung von dem Gesetz ist als etwas "Außerordentliches" anzusehen. Die Interpretation des Begriffes hält sich im traditionellen Rahmen: Es gibt *poena ordinaria* und *poena extraordinaria*. Die letztere galt aber zur damaligen Zeit in eigentlichem Sinne als eine veraltete Einrichtung und kam nur noch selten vor. Der verfahrensrechtliche Gesichtspunkt kommt zunächst kaum zur Geltung.

Das Wesen der außerordentlichen Strafe besteht also nach dem Autor in einer Abweichung von den Vorschriften des Gesetzes. Unter einer außerordentlichen Strafe kann man mithin auch eine solche verstehen, die milder als die im Gesetz angedrohte ist. Diese Auslegung scheint auf den ersten Blick harmlos zu sein, in Wahrheit ist das aber nicht so. Eine gelindere Sanktion ist eine Strafe ohne Anordnung des Gesetzes, das übertreten worden ist, und "ihre Zufügung ist ein Verbrechen, weil jemand als unschuldig verurtheilt wird."³⁹ Die Frage wird also nicht in dem Sinne aufgefaßt, daß der "Verbrecher" ohne die an sich fällige Strafe davongekommen ist, sondern von der Seite der Strafrechtspflege: Es ist eventuell einem unschuldigen Menschen eine (egal, wie große) Strafe zuerkannt worden. Und das ist eine echte Verdachtsstrafe. Auffallend ist, daß diese Betrachtungsweise die Schuldvermutung schon beseitigt zu haben scheint.

Eine mildere Sanktion darf auch dann nicht verhängt werden, wenn jemand die Rechtsordnung aus Not übertritt, weil man sagen könnte, daß alle Verbrechen aus irgendwelcher Not begangen werden. Weiterhin, "wer geistig krank ist, kann kein Verbrechen begehen, weil er seines Verstandes nicht mächtig ist."⁴⁰ Sehr interessant ist die Erörterung des Begnadigungs- bzw. Milderungsrechtes des Herrschers; obwohl dieses Instrument bis heute bekannt und in Anwendung ist, wird es vom Autor kategorisch abgelehnt: "Der Souverain, der immer so handeln muß, daß seine Handlung jedermanns Beystimmung erhält, kann und darf daher keinen Verbrecher begnadigen, weil er durch die

³⁸ A.a.O. S. 89.

³⁹ Ebd. S. 119.

⁴⁰ Ebd. S. 120.

Begnadigung einen Akt ausübt, der seinen Charakter gänzlich vernichtet."⁴¹ Eine solche Inkonsequenz - ebenso wie die freie richterliche Beweiswürdigung - wäre nicht zu verzeihen und ist mit dem Staatsbegriff des Verfassers nicht zu vereinbaren.

d) Über die "Gerechtigkeit" der außerordentlichen Strafe

Die Definition der außerordentlichen Strafe wird durch Bergk modifiziert, denn er formuliert diejenige Variante der außerordentlichen Strafe die die Verdachtsstrafe betrifft, schon mehr im prozeßrechtlichen Sinne, wenn nämlich das Gesetz einen Verdächtigen wie einen Schuldigen behandelt. Ist nun eine solche Strafart rechtlich? - fragt Bergk. Im Grunde natürlich nicht - lautet seine Antwort. Jegliche Strafe darf nur vom Staat und wegen wirklicher Übertretung eines Gesetzes verhängt werden. Die wichtigste Voraussetzung ist also das Vorhandensein einer Rechtsnorm, die durch ein Verbrechen verletzt worden ist. Es ist nicht ganz eindeutig, aber wahrscheinlich denkt der Verfasser an Verletzung von materiellrechtlichen Normen.⁴² Aber das Problem ist damit noch lange nicht gelöst, weil auch Rechtssätze denkbar sind, wonach eine Verdachtsstrafe als "rechtmäßig" verhängt werden kann.⁴³ Dann erfolgt die Erwähnung und kurze, kritische Erörterung von zwei Tatbeständen; als gemeinsames Kennzeichen gilt für beide, daß die außerordentliche Strafe ausnahmsweise nicht schärfer als die im Gesetz festgelegte Strafe sein darf.

Zur ersten Gruppe rechnet Bergk den Fall, daß der Täter sich Grausamkeiten zu Schulden hat kommen lassen oder Gesinnungen gezeigt hat, die nur "der verworfenste Bösewicht sich erlauben kann, und er hat einen Grad von Besonnenheit und Bosheit dabey gezeigt, der ihn als einen Teufel in Menschengestalt charakterisirt."⁴⁴ Ist es nun in diesem Fall nicht erlaubt, den Verbrecher härter zu bestrafen, als das Gesetz gebietet? Die Antwort ist kategorisch: Nein; die Argumentation ist jedoch ziemlich flach, und sagt wenig: "Jede über das Gesetz hinausgehende Strafe ist also verboten, und ist selbst ein Verbrechen, weil es ein Grundgesetz des Staates ist, daß niemand des Genusses seiner Freyheit beraubt werden darf, außer durch den Ausspruch des Richters nach dem Gesetze, weil sonst jeder bürgerliche Verein sowohl unnütz- als unmöglich wäre."⁴⁵

Bergk behandelt in der zweiten Gruppe die "kühnen Aufrührer", die die Sicherheit des Staates mit einer völligen Auflösung oder mit dem Umsturz seiner Verfassung bedrohen; sind die Täter unter solchen Umständen nicht härter zu sanktionieren?

⁴¹ Ebd. S. 122.

⁴² Vgl. ebd. S. 90 f.

⁴³ Vgl. CJBC Teil 2, Kap. 10, § 9; KO §§ 406-408, sowie CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 431 u. 447.

⁴⁴ A.a.O. S. 92.

⁴⁵ Ebd. S. 92 f.

Dieses Problem wird nicht bloß als ein strafrechtliches behandelt; es ist auch erheblich politisch geprägt. Die Meinung von Bergk ist im wesentlichen: Nein; der Staat darf nur nach den vorhandenen Gesetzen strafen. Wenn der Staat härter straft, als es das Gesetz vorsieht, so schafft der Staat selbst das *Oberherr-Untertan* (es geht nicht um *Staatsbürger!*) Verhältnis ab, und es kommt eine Situation zustande, bei der das Subjekt als Feind behandelt werden müßte. Folglich wäre es ein Widerspruch, über eine Strafe im innenrechtlichen Sinne zu sprechen. Der Fall wird politisch, ja völkerrechtlich geprägt sein, wenn die Auführer einen neuen, unabhängigen Staat proklamieren; da werden zunächst die beiden Parteien Feinde und eine Bestrafung kann wieder nicht erfolgen.

Den Kern der Ausführungen bildet die Behandlung zweier interessanter Probleme, nämlich erstens die Bestrafung eines bloß Verdächtigen und zweitens die Verlängerung der Strafzeit eines Verbrechers, der seine Strafzeit zwar überstanden hat, dem aber wegen der geringen Wahrscheinlichkeit seiner Besserung und aus Furcht vor neuen Verbrechen, die er begehen könnte, noch länger seine Freiheit vorenthalten wird. Der erste Fall ist der "Prototyp" der Verdachtsstrafe und auch der zweite ist hierfür ein gutes Beispiel, wenn auch mehr im Gewand einer Sicherungsmaßnahme.⁴⁶ Beide Probleme werden in der Interpretation Bergks im Folgenden gesondert behandelt.

da) Die Verdachtsstrafe in engerem Sinne

Es geht hier eigentlich um prozeßrechtliche bzw. beweisrechtliche Fragen. Bergk unterscheidet zwischen Verdächtigem und Überführtem; Letzterer hat die Tat eingestanden, wobei die objektiven und subjektiven Beweise mit dieser Aussage übereinstimmen - jener leugnet entweder dieselbe, obgleich die Zeugen oder der Sachverhalt (oder beide zusammen) gegen ihn sprechen. Oder es liegt so, daß man überhaupt keine bestimmte Tat hat, deren man ihn beschuldigen könnte. Die "scharfe Entgegensetzung" des Bekenntnisses (in Form des Eingeständnisses) mit den anderen Beweismitteln ist ein Kennzeichen der gemeinrechtlichen Denkart.⁴⁷ Den letztgenannten Verdacht kann sich der Inquisit entweder durch ein auffallendes Benehmen oder durch seine spezielle Lage zuziehen. Die Beurteilung dieser Situation ist relativ einfach: "So lange nun aber die Obrigkeit keine bestimmte Thatsache vorweist, die jemanden als Urheber anklagt, kann sie auch niemanden weder im Verhafte behalten, noch weniger bestrafen."⁴⁸

Was ist aber zu tun - fragt Bergk -, wenn ein bestimmtes und erwiesenes Verbrechen vorhanden ist, aber der Verdächtige leugnet und es keine zwei Zeugen gibt? Das ist das ominöse beweisrechtliche Problem, weswegen damals auch die Tortur eingeführt wurde. Bergk betrachtet den Verdacht als ein Fürwahrhalten aus subjektiven Gründen, daß

⁴⁶ Zur Sicherheit des Individuums, vgl. BECCARIA, S. 70 ff. (§§ 3/4); SCHAFFSTEIN, ZStW 101 (1989), S. 73.

⁴⁷ Vgl. *Carolina* Art. 26, 28.

⁴⁸ A.a.O. S. 97 f.

jemand etwas Widerrechtliches begangen habe. Der Verdacht ist bloß etwas Subjektives ("ein Meinen und kein Wissen"), kann also nicht allgemein mitgeteilt werden. Da der Kreis der Überführten sehr eng gezogen wird - die Tatsache des begangenen Verbrechens muß gewiß sein, die Zeugen⁴⁹ sollen wahrhaftig sein, und der Inquisit muß die ihm angeschuldigte Tat eingestanden haben -, bleibt ein breites Spektrum für Fälle, in denen auf Verdacht bestraft werden müßte. Es ist auffallend, wieviel Gewicht der Verfasser auf das Eingeständnis des Verdächtigen legt: Ein klares Zeichen dafür, daß von einer freien richterlichen Beweismwürdigung zur damaligen Zeit noch nicht die Rede sein konnte. Die einzelnen Elemente eines als überführt zu betrachtenden Verbrechens stehen bei dem Autor miteinander in einem konjunktiven Verhältnis. So z.B. das Eingeständnis allein, das Zeugnis in eigener Sache "ist sehr verdächtig", folglich darf man allein darauf auf keinen Fall eine Strafe bauen. Weshalb das Eingeständnis des Angeklagten zu seiner Verurteilung notwendig sein soll, wird in der Argumentation kraftlos erklärt. Die Aufgabe wäre in der Tat, die Identität zwischen dem Angeschuldigten und dem wirklichen Verbrecher ganz außer Zweifel zu setzen: "Fremde Personen können dies allein nicht bewirken, weil bey allem guten Willen und bey aller Aufmerksamkeit hier leicht ein Irrthum möglich ist; es ist also nothwendig, daß der Angeschuldigte die Wahrheit ihrer Aussage durch seine Einstimmung bekräftige. Aber dieses Eingeständniß ist, wegen eines leicht besorglichen Irrthums nicht allein nützlich, sondern auch rechtlich, weil niemand außer durch die Einstimmigkeit der dabey interessirten Parteyen verdammt werden darf."⁵⁰ Der Richter muß also auch vom Angeklagten selbst die Worte des Eingeständnisses hören - sonst gilt der Verdächtige nicht als überführt. Dieses Bestreben nach einer fast absoluten Gewißheit, die scheinbar etwas Gutes, Modernes ist, ist in Wirklichkeit noch ein Requisit der gemeinrechtlichen Auffassung. Das Wesen dieses Beweises bleibt immer noch gewissermaßen formell, weil auch dann, wenn alle angeführten Voraussetzungen vorhanden sind, nicht sicher ist, daß in dem Richter eine innere Überzeugung von der Schuld des Verdächtigen entsteht. Dieses subjektive Moment gewinnt aber zunächst keine entscheidende Bedeutung. Wenn also die Vorbedingungen nicht vollkommen erfüllt sind, bleibt der Angeklagte weiterhin ein Verdächtiger, der in der Regel freigesprochen werden muß. Die Verurteilung eines solchen Menschen "widerspricht sich selbst, und ihre Zufügung ist das Grab aller Gerechtigkeit."⁵¹ Es gibt nur Schuldige und Unschuldige. Das ist an sich eine schon sehr fortschrittliche Feststellung.

Der Gesichtspunkt der Sicherheit des Staates bzw. der Furcht seiner Bürger vor einem freigesprochenen, d.h. nicht überführten Verdächtigen tritt nachdrücklich in den Vordergrund. Es scheint logisch zu sein: Die Gesellschaft hat das Recht, sich vor einem solchen äußerst gefährlichen "Verbrecher" durch eine außerordentliche Strafe zu schützen. Der Standpunkt des Autors dazu ist wieder kategorisch ablehnend; auch in solchen Fällen

⁴⁹ Als Zeugen gelten auch Instrumente, Urkunden usw., "die aber eine äußerst sorgfältige und gewissenhafte Untersuchung erfordern." Ebd. S. 100 f.

⁵⁰ Ebd. S. 103. Um den Angeschuldigten zum Eingeständnis zu bringen, dürfe kein körperlicher Zwang (praktisch die Folter) ausgeübt werden. Vgl. S. 106 f.

⁵¹ Ebd. S. 105.

ist die Strafe nicht zu erlauben, "denn wie will man im Stande seyn, jemand für einen gefährlichen Mann öffentlich zu erklären, so lange er nicht jemandes Rechten Abbruch gethan hat? Der Staat darf seine Urtheile auf kein Meynen bauen, sondern muß sie auf ein Wissen gründen, wenn er verdammen will."⁵²

Ein wichtiges Problem ist auch, ob der Gesetzgeber das Recht hat, ein Gesetz zu erlassen, das auf Verdächtige zugeschnitten ist.⁵³ Bergks Urteil ist wieder eindeutig: "Wenn die Gesetzgebung selbst ein Gesetz zur Bestrafung der Verdächtigen gäbe, dieses sowohl ungerecht als unanwendbar seyn würde."⁵⁴ Ungerecht, weil das Gesetz sich nur auf festgestellte und nicht auf mutmaßliche Verbrecher beziehen darf; unanwendbar, weil ein Verdächtiger solcherweise bald verdammt, bald losgesprochen würde - der Gesetzgeber wäre unverzeihlich inkonsequent. Das Problem sieht jedoch in Wirklichkeit etwas anders aus: der Gesetzgeber bestraft nicht einfach einen Verdächtigen, sondern ein für sich bereits verdächtiges Verhalten, das für strafwürdig erklärt und gehalten wird, folglich kann der Täter regelmäßig und rechtlich be- und verurteilt werden. Ein gutes Beispiel ist dafür die - im 5. Kapitel der Arbeit erörterte - damalige Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft.

db) Die Strafbarkeit nach Verbüßung der Strafe

Das Problem ist sehr naheliegend: Es scheint konsequent zu sein, eine außerordentliche Strafe dann zu verhängen, wenn befürchtet werden muß, daß ein Verbrecher, der seine Strafe verbüßt hat, neue, schwere Rechtsverletzungen begehen wird, sobald er seine Freiheit wieder erhält.⁵⁵ So einfach diese Fragestellung ist, so klar ist Bergks Antwort: Auch eine solche Strafe ist nicht erlaubt, denn man kann aufgrund der Gesinnung einer Person nicht mit Bestimmtheit etwas darüber aussagen, ob er ein guter oder schlechter, ein nützlicher oder schädlicher Bürger sein wird, ehe er noch etwas getan hat, das gut oder "böse" ist, und ehe er wieder sein eigener Herr geworden ist. Eine solche Strafe - und ein Gesetzbuch, das eine solche Sanktion enthalten würde - wäre äußerst ungerecht,

⁵² Ebd. S. 106.

⁵³ Daß es solche Gesetze in der Tat gab, ist gewiß; siehe das 5. (Paradigmatisches) Kapitel dieser Arbeit.

⁵⁴ Ebd. S. 110.

⁵⁵ Man findet auch heutzutage Beispiele dafür, daß ein höchst gefährlicher Verurteilter mit zusätzlicher Sanktion belegt wird. In der ungarischen Strafrechtspflege existierte zwischen 1974 und 1989 ein solches Rechtsinstitut namens "geschärfte Haft" (szigorított fegyelem), wonach die für die gemeine Ordnung und Sicherheit besonders gefährlichen und rückfälligen Verbrecher nach der überstandenen, ursprünglichen Strafe mit einem zusätzlichen Freiheitsentzug belegt werden konnten. Diese Sanktion wurde auch im Gefängnis vollstreckt, war also eine Verlängerung der originalen Strafe. Die "geschärfte Haft", die Verdachtsstrafe der Gegenwart, ist durch die Wirkung der theoretischen Bedenken und der ungünstigen praktischen sowie exekutiven Erfahrungen abgeschafft worden. Vgl. NAGY/TOKAJI, S. 247 f.

weil es Gesinnungen richten würde, "und also in die Regalien des Weltrichters eingriffe."⁵⁶ Das Urteil könnte überhaupt nicht auf eine begangene Tat gebaut werden, und es wäre auch fast unmöglich, in einem Gesetzbuch die Kriterien der "strafwürdigen Gefährlichkeit" zu definieren.

Es kann natürlich vorkommen, daß jemand das Zuchthaus als noch größerer oder doch gleich großer Bösewicht verläßt, als er es betreten hat. "Ist dies nicht der Staat, der diesen Menschen verschlimmert hat, und gleichwohl will er ihn nunmehr wegen etwas strafen, was er selbst verschuldet hat?"⁵⁷ Bergk räumt ein: Auch die gerechte Strafe ist an sich ein Übel, die zwar nötig sei, jedoch unter Umständen auch ein Mittel, jemanden noch böser, unglücklicher und nicht selten noch gefährlicher zu machen. Die Besserung des Verbrechers wäre nach seiner Meinung nicht die Aufgabe des Staates, jedoch bleibt praktisch keine andere Möglichkeit, dieses Problem zu lösen.⁵⁸ Ein solcher Auftrag wäre aber in der Realität kaum auszuführen, weil auch die Aufseher selbst in den Gefängnissen größtenteils rohe und ungebildete Menschen sind.

Auch der Einwand, daß jemand an Verbrechen "gewohnt" ist, wird von ihm abgelehnt. Bergk teilt die aufklärerische Meinung, wonach jeder Mensch rechtmäßig handeln wird, sobald ihn keine Not oder keine Beleidigung zum Widerrechtlichen auffordert. Wir wissen, daß diese Auffassung nicht vollkommen zutrifft, aber damals gab es noch keine kriminologischen, kriminalgenetischen, überhaupt soziologischen Forschungen. Man kann sich natürlich schon vorstellen, daß ein Freigelassener unfähig ist, für sich Arbeit und sogar die elementaren Lebensbedingungen zu schaffen. Daher sollte die Polizei solche "Müßiggänger" beobachten, die "Vagabonden" aufgreifen und ihnen Beschäftigung und Unterhalt geben. Der Staat sollte für Arbeitshäuser sorgen, wo er den Unbeschäftigten zu tun gebe. "Die Verbrecher, die aus dem Gefängnisse entlassen werden, sollten daher angehalten werden, anzugeben, wovon sie sich in Zukunft nähren wollten, und wenn sie keine bestimmte Beschäftigung, die sie treiben wollten, nachweisen könnten, so müssen sie in das Arbeitshaus geschickt werden, bis sie sich wieder bestimmt von etwas nähren könnten. Im Arbeitshause aber müßten sie ihre völlige Freyheit haben und außer ihrem Unterhalte noch etwas verdienen können. Ueber sie müßte keine andere Aufsicht gehalten werden, als über die übrigen Mitglieder."⁵⁹ Die Idee, den Arbeitslosen Arbeit zu geben, um dadurch eventuelle zukünftige Verbrechen zu vermeiden (vermindern), klingt human und praktisch; jedoch ist der Umstand, daß Menschen dorthin geschickt werden müßten, von einem Zwang geprägt, der für einen Freigelassenen wahrscheinlich als eine Art von Sanktion erscheinen würde. Die Nähe zur Verdachtsstrafe liegt dann auf

⁵⁶ A.a.O. S. 111.

⁵⁷ Ebd. S. 112.

⁵⁸ So BERGK: "Es ist daher Pflicht des Staates, die Zuchthäuser zugleich in Besserungshäuser zu verwandeln, und kann er auch nicht die Gesinnung des Bestraften durch Zwang ändern, weil dies jeder Mensch nur selbst thun kann, so kann er ihn doch durch Beyspiel, Belehrung, Ermunterungen u. s. w. an Gesetzmäßigkeit in seinen Handlungen gewöhnen." Ebd. S. 113.

⁵⁹ Ebd. S. 116.

der Hand.

e) Die Problematik der Sicherungsmittel

Bergk beschäftigt sich in erster Linie mit den Maßnahmen, durch die die Anzahl der Verbrechen überhaupt zu vermindern wäre. Es wird ein ganzer Katalog dafür vorgestellt: Errichtung von zweckmäßigen Erziehungs- und Unterrichtsanstalten; Förderung der Industrie (also Schaffung von Wohlstand im Lande); Errichtung von Arbeitshäusern; Einführung einer für die Sicherheit, Gesundheit und Bequemlichkeit der Einwohner sorgenden Polizei; Verfertigung und Bekanntmachung kurzer, allgemein-verständlicher privat- und strafrechtlicher Gesetze; Schaffung eines "Auflagesystems", zu dem jeder nach seinen Vermögensverhältnissen beizusteuern hat, und das erst dann von jemanden einen Beitrag verlangt, wenn er sich in Umständen befindet, daß er bequem leben kann; Freigebung aller Handwerke und Gewerbe, alle Handels und Wandels; Einführung einer rechtlich organisierten Verfassung; Schutz der Rede- und Pressefreiheit; endlich Aufhebung und Vermeidung aller Einrichtungen, die nur noch strafbarer zu machen scheinen. "Durch diese Mittel wird ein Land an Aufklärung, Moralität, Industrie und Reichthum gewinnen, und die Einwohner werden einen Charakter erhalten, der an allgemeine Gesetzlichkeit in der Denk- und Handlungsweise gewöhnt ist, und die Verbrechen werden selten werden"⁶⁰ Die Aufklärung hat an den globalen und allgemeinen Erfolg solcher Einrichtungen geglaubt, um die Fehler und Übel des Staates zu beseitigen und eine optimale Gesellschaft zu schaffen.

Im Rahmen der Verhütung von Verbrechen soll auch das ganze Strafsystem reformiert werden. So müsse der Gesetzgeber dafür sorgen, daß die Strafen gerecht und menschlich seien; daß ihr Zweck jedermann einleuchte; daß der Gestrafte zugleich rechtlich gebessert werde, die Gefängnisse gesund seien und die Gefangenen zweckmäßig beschäftigt würden; endlich, daß die Gefangenenaufseher unsträfliche, einsichtsvolle und humane Männer seien. Eine Wunschliste, die eine Reihe von modernen Ideen enthält, deren Verwirklichung aber in der Praxis damals kaum vorstellbar gewesen ist.

Der Verfasser hat, als er die Kriterien der Strafbarkeit aufgestellt hat, ein Problem ungelöst gelassen; nämlich, daß nur derjenige Angeklagte verurteilt werden darf, der seine Schuld bzw. seine Tat bekennt. Was soll aber mit solchen Angeschuldigten geschehen, die ihr Verbrechen hartnäckig leugnen, und die, wenn sie freigelassen würden, die öffentliche Sicherheit wahrscheinlich schwer verletzen würden? Auf der einen Seite die außerordentliche Strafe (d.h. die Verdachtsstrafe) vermeiden, auf der anderen Seite alles tun, daß kein Verbrechen ungestraft bleibe. Dies ist ein Weg zwischen Scylla und Charybdis. Bergks Vorschlag lautet folgendermaßen: Es sollte eine Regelung getroffen werden, daß der hartnäckige Leugner eines Verbrechens, das er nach der gewissenhaften Aussage der Zeugen und nach der Prüfung aller Umstände begangen hat, "einsichtsvollen und guten Männern" eine Zeitlang zur Verwahrung übergeben werde, damit er durch Belehrung und Rührung zum Geständnis gebracht werde. Es ist kaum verständlich, warum

⁶⁰ Ebd. S. 124.

das Geständnis für den Autor so unentbehrlich ist. Doch das Bestreben zu versuchen, den Verbrecher - außer mit dem Gericht - mit sich selbst moralisch zu konfrontieren, ist menschlich akzeptabel. Wenn aber dieser Versuch nicht gelingt, erhält ein solcher offenbar Schuldiger seine Freiheit wieder, "so muß die Gesetzgebung in solchen Fällen verordnen, daß er sich unter der besondern Policey eines Ortes eine Zeitlang befinde, damit diese über seine Aufführung wache, und durch ihre Aufmerksamkeit ihn sowohl von Verbrechen abhalte, als auch zu einer Umänderung seiner Gesinnung Veranlassung gebe."⁶¹ Also Freilassung, mit einer Polizeibeobachtung "eine Zeitlang" verbunden - sie steht nach unserer Meinung einer Verdachtsstrafe nahe. Hätte Bergk im System der freien richterlichen Beweiswürdigung gedacht, so hätte er das Geständnis des Verdächtigen nicht für unentbehrlich halten müssen; er war unfähig, die Vermutung der Unschuld akzeptieren. Bei ihm spielt folglich das Rechtsinstitut der Polizeiaufsicht - die als "Maßregel der Besserung und Sicherung" in Gestalt der Führungsaufsicht auch im heutigen deutschen System angewandt wird - in unserem Verständnis die Rolle der (Verdachts)Strafe.

Es wäre daneben wünschenswert, eine Prozeßform einzuführen, die zur Ermittlung von Schuld und Unschuld "vorzüglich geschickt" ist, und die sowohl unschuldig Verdächtige rettet, als offenbare "Bösewichter" der verdienten Strafe nicht entkommen läßt. Der Autor sieht dafür kein besseres Mittel als das Geschworenengericht. Es ist schade, daß er seine Meinung im Zusammenhang mit dieser wichtigen Einrichtung angesichts der Problematik der außerordentlichen Strafe nicht ausführlich entfaltet. Nur die vorgeschlagenen Aufgaben bzw. die Befugnisse der Geschworenen werden angeführt: Entscheidung a) über die Wirklichkeit der in Untersuchung begriffenen Tat, b) ob Gründe genug vorhanden sind, den Angeklagten für den Urheber der Tat zu erklären, c) und über die Schuld des Angeklagten. Die Strafe selbst würde außerhalb der Funktionen dieses Gerichtes liegen und wäre im Gesetz enthalten. Der Autor hat die eigentliche Bedeutung der Geschworenen für die Ausbildung der freien richterlichen Beweiswürdigung bzw. des modernen, die innere Überzeugung des Richters mit den objektiven Ergebnissen der Beweisführung verbindenden Urteils offensichtlich nicht erkannt. Man hat den Eindruck, daß Bergk das Geschworenengericht nur erwähnt, weil es von den Stiftern der Preisausschreibung als der "einzige Ausweg" aus dem Dilemma zwischen Verurteilung oder Freisprechung eines Verdächtigen bezeichnet wurde. Der tiefere Sinn dieses Gerichtes blieb aber für ihn angesichts der Problematik der Verdachtsstrafe unklar.

f) Die Grundsätze des Verfassers

Bergk betont vor allen Dingen die Notwendigkeit, den Richter strengstens an die Vorschriften des Gesetzes zu binden - eine typisch aufklärerische Forderung. Der Buchstabe des Gesetzes ist die Norm, nach welcher der Richter allein handeln darf. "Weicht daher der Richter von dem buchstäblichen Sinne des Gesetzes ab, oder verletzt er muthwillig und absichtlich die eingeführten Formen zur Vollziehung des Gesetzes, so muß sie (d.h. die vollziehende Gewalt) ihn augenblicklich zur Unter-

⁶¹ Ebd. S. 126.

suchung ziehen lassen."⁶² In diesem rigorosen System ist der Richter bloß ein Sklave der jeweiligen Gesetze.

"Wahrhaftigkeit und Redlichkeit muß dem Richter über alles heilig seyn, weil sein Beyspiel auf den Charakter des Volkes wirkt. Jeder Trug und jede List aber ist nicht allein unmoralisch, sondern ein solches Verfahren von Seiten des Richters ist auch widerrechtlich."⁶³ Die Beurteilung des Richters ist widersprüchlich: Er sollte eine makellose Persönlichkeit sein und vorzügliche Fachkenntnisse haben, sowie zur entscheidenden Figur des Prozesses werden. Gleichzeitig wird er aber an die Buchstaben des Gesetzes gebunden, wobei kein Raum mehr für seine innere Überzeugung, genauer gesagt dafür, daß er dieselbe zur Geltung bringen kann, bleibt.

Für den Fall, daß der "hartnäckige" Angeklagte, der "offenbar" ein wirklicher und gefährlicher Verbrecher ist, freigesprochen wurde, schlägt er vor, daß der Betroffene einer besonderen Ortsobrigkeit zur Aufsicht anempfohlen werden sollte. Dieser Mensch dürfte aber keineswegs seiner Freiheit beraubt werden, und auch diese "Untersuchung" darf nur kurze Zeit dauern. Die Grenze zwischen Strafe und Freiheit ist ziemlich elastisch, weil die Strafe selbst an sich gewissermaßen subjektiv ist.

Die summarische Schlußfolgerung des Verfassers lautet: "Niemand darf also seine Freyheit verlieren, außer durch das Gesetz, und jede außerordentliche Strafe ist keine Strafe, sondern ein Verbrechen, das an dem ganzen Staate begangen wird."⁶⁴ Die Maxime, die einzige Richtschnur, sei das Gesetz - das ist richtig. Die Schwierigkeit lag darin, daß das Gesetz den Richter noch nicht an die freie Beweiswürdigung "gebunden", sondern an ein gesetzlich fixiertes Beweissystem "gefesselt" hatte.

2. Heinrich August Vezin

Diese Abhandlung ist die kürzeste unter den publizierten Preisschriften und trägt eine bescheidene Überschrift: "Versuch einer Beantwortung der im Archive des Criminal-Rechts B. I. St. 2. S. 152. stehenden Preisaufgabe".⁶⁵ Der Verfasser behandelt das Thema in zwei Teilen, und zwar: a) Kann und wie kann die außerordentliche Strafe gerechtfertigt werden?, b) Gibt es ein Surrogat dieser außerordentlichen Strafe, welches den Staat sichert, ohne Ungerechtigkeit gegen den Verdächtigen zu tun? Die zweite Frage wird zu zwei Unterfragen aufgeteilt: ba) Worauf kann der Richter in den Fällen erkennen, in denen er sonst zur außerordentlichen Strafe seine "Zuflucht" nahm?, und bb) Was sollte der Gesetzgeber für solche Fälle verordnen?

Der Autor behandelt die Problematik der außerordentlichen Strafe ganz im

⁶² Ebd. S. 128. Wie BERGK sich das Verhältnis zwischen der richterlichen und exekutiven Gewalt vorgestellt hat, ist zumindest problematisch - vermutlich nicht ganz im Sinne von MONTESQUIEU.

⁶³ Ebd. S. 130.

⁶⁴ Ebd. S. 136.

⁶⁵ ACrR Bd. 3(1801), Stück 3, S. 50.

prozeßrechtlichen Sinne: Es geht unverkennbar um die Verdachtsstrafe. Die Formulierung der außerordentlichen Strafe stimmt mit dem Begriff der Verdachtsstrafe überein, nämlich "diejenige außerordentliche Strafe, die man gegen den nicht vollkommen überwiesenen Beschuldigten verhängt, in der That eine sehr *außerordentliche* Strafe."⁶⁶ Auch Vezin ist der Meinung, daß die Abschaffung der Folter dafür verantwortlich ist, daß ein unvollkommen erwiesener Tatbestand zum grundsätzlichen beweisrechtlichen Problem werden konnte, was auch das Urteilen wesentlich berührt: "Seitdem man den bis zur Folter gravirten Inculpaten dadurch nicht mehr zum Selbstgeständnisse bringen, mithin den unvollständigen Beweis dadurch nicht mehr vervollständigen konnte, mußten nothwendig die neueren Criminalisten in einige Verlegenheit gerathen, was denn mit einem solchen Menschen anzufangen sey."⁶⁷ So kam der Gedanke auf, der Obrigkeit ein Sicherungs- oder Präventionsrecht einzuräumen, wodurch sie u.a. die Befugnis erhielt, einen des Verbrechens zwar nicht überführten, aber doch sehr verdächtigen und gefährlichen Menschen zur Sicherheit der Gesellschaft, entweder so lange, bis die Gefahr verschwunden war, oder nach den Umständen sogar lebenslang, zu verwahren. Auch die Gerichte haben eine solche Praxis geschaffen und in diesem Geist haben einige Juristenfakultäten, wie die zu Göttingen, zu Leipzig und besonders zu Halle, mehrere Gutachten abgefaßt,⁶⁸ und solche Sicherheitsmaßregeln werden u.a. auch von Kleinschrod und Quistorp gebilligt.⁶⁹

Es ist ein grundsätzliches Problem, ob Sicherheitsmaßnahmen als wirkliche Strafen betrachtet werden müssen - schon die Preisausschreibung hat die Aufmerksamkeit auf dieses Phänomen gelenkt. Der Autor ist sogar der Überzeugung, daß die ganze über die Berechtigung von Sicherungsmitteln entstandene Fehde überhaupt nicht entstanden wäre, wenn man mit dem Wort: *Strafe*, nicht so "höchst schwankende Begriffe verbände". Es scheint also nützlich zu sein, sich kurz mit den Begriffen der Strafe und des Strafrechts in der Interpretation von Vezin zu beschäftigen.

a) Die Definition der Strafe und des Strafrechts

Der Autor zeigt ein auffälliges Sprachgefühl bezüglich des Inhaltes der Begriffe. Es scheint ihm, daß für diejenige Befugnis, welche dem Staat wider diejenigen seiner Bürger

⁶⁶ Ebd. S. 56. Es wird auch die traditionelle, materiellrechtliche Annäherung des Begriffes der außerordentlichen Strafe erwähnt; da die Problematik der außerordentlichen Strafe in diesem Zusammenhang unter so polar gespannten Umständen erscheint - ordentliche Strafe = Anwendung der Vorschriften des Gesetzes, bzw. außerordentliche Strafe = Abweichung von denselben -, wird natürlich die *poena extraordinaria* kategorisch abgelehnt.

⁶⁷ Ebd. S. 54.

⁶⁸ Vgl. Merkwürdige Rechtsfälle der Hallischen Juristenfacultät, in: ACrR Bd. 1(1799), Stück 2, S. 32 f.

⁶⁹ Vgl. KLEINSCHROD, Unvollkommener Beweis, S. 21.; QUISTORP, Entwurf, Teil 2, § 92; Rechtliches Erachten, S. 18; Anweisung, S. 47 ff. (§ 26).

zusteht, die die Rechtsordnung des Ganzen, bzw. die Rechte eines Einzelnen verletzen, das Wort *Strafrecht* eine ziemlich unangemessene Benennung ist; und daß die Sanktion, die der Staat kraft solcher Befugnis wider den Rechtsverletzer verfügt, etwas ganz anderes sei, als was im gemeinen Leben, im Alltagsleben normalerweise *Strafe* genannt wird. Vezin weist darauf hin, daß Strafe "umgangssprachlich" eher etwas Sittliches bedeutet, d.h. die Folge der Immoralität ist.⁷⁰ Der Verfasser hat in gewissem Sinne recht; die Verwechslung oder Vermischung der zwei Komponenten des Straf-Begriffes (Moralität-Rechtlichkeit, Subjektivität-Objektivität) ist aber nicht zufällig, sondern hat ihre eigene Geschichte. Im mittelalterlichen Rechtsdenken galt die These: *crimen peccatum est*. Das heißt soviel wie, daß der Verbrecher zugleich als *persona peccata* (d.h. sündhafte Person), und zwar im religiös-sittlichen Sinne, betrachtet worden war. So nahe sich Staat und Kirche damals waren, war es unvorstellbar, den Begriff der Strafe objektiviert (säkularisiert) sehen zu können. Der Verurteilte war nicht nur ein Verletzer menschlicher Gesetze, sondern auch der göttlichen Rechtsordnung; er wurde nicht einfach nur für schuldig, sondern zugleich für sündig gehalten. Dies alles schien so selbstverständlich zu sein, daß diese Überzeugung in die allgemeine (aber auch in die rechtliche) Denkweise eingegangen ist. Und solche Reflexe können sehr beharrlich sein. Dazu kommt noch der Gesichtspunkt, daß die Strafgesetzgebung - auch heutzutage - vorwiegend ein Verhalten pönalisiert, das auch moralisch zu verurteilen ist. Daß also dem Begriff "Strafe" teilweise (oder sogar überwiegend) ein negativer moralischer Klang anhaftet, ist nicht überraschend.

Nach der naturrechtlichen Auffassung des Autors⁷¹ ist es die allerwichtigste Aufgabe des Staates, die Sicherheit sowohl des Ganzen wie auch der Einzelnen zu gewähren. Im Verständnis des Autors kann die Obrigkeit im Hinblick auf Rechtsverletzungen kein anderes Recht, keine andere Pflicht, keinen anderen Zweck haben, als die Sicherheit. Man könnte sagen, daß es hier um eine frühe Formulierung des Anspruches des "Minimal-Staates" geht. Zu den fraglichen Begriffen wird festgestellt: "Ich kann mir demnach unter Strafrecht nichts anders, als das Befugnis der Obrigkeit denken, dem Staate und dessen Gliedern vor den Beleidigern ihrer Rechte Sicherheit zu verschaffen, und unter Strafe nichts anderes, als dasjenige Mittel, welches die Obrigkeit wider den Beleidiger der

⁷⁰ So VEZIN: "Das Uebel, welches, als natürliche Folge, oder als Zufall, eine sittlich böse Handlung begleitet, die Uebel, welche von Gottlosen in jenem Leben erwarten, nennt man durchgehends Strafe, und überhaupt nennt man alles das so, was der Mensch durch die Immoralität irgend einer Handlung verdient hat." A.a.O. S. 57.

⁷¹ Es ist charakteristisch, daß das naturrechtliche Denken in der Aufklärung mit der Gesellschaftsvertragstheorie das Wesen der postulierten bürgerlichen Gesellschaft in die ferne Vergangenheit zurückprojiziert. Ein schönes Beispiel ist dafür die Formulierung von VEZIN: "Der außer aller Verbindung mit Andern isolirt lebende Naturmensch hat nur Ein Recht, das Recht zu seyn, mithin sich zu erhalten, und zu vertheidigen. Um dieses Recht zu sichern, und mit geringerem Aufwande auszuüben, vereinigten sich Naturmenschen in eine Gesellschaft, übertrugen ihre Selbsterhaltungs- und Selbstvertheidigungsrechte dieser Gesellschaft und deren Vorstehern, und um diese in den Stand zu setzen, die übernommene Verpflichtung, das Ganze und die Einzelnen zu erhalten und zu vertheidigen, wirksam ausüben zu können, verpflichteten sie selbst sich, auch ihrer Mitglieder Rechte nicht zu verletzen, den Vorstehern, so weit es die Erfüllung des Contracts erfordert zu gehorchen, und ihren Antheil zu den Verwaltungskosten beyzutragen." A.a.O. S. 58 f.

Rechte des Staats oder dessen Gliedern, zur Sicherheit der letztern zu ergreifen befugt ist.⁷² Im Ausdrucksverständnis von Vezin gelten die Begriffe: Strafrecht, Sicherungsrecht, Präventionsrecht als miteinander synonym. Das Aufgabengebiet des Strafrechts, die Befugnisse des Staates (der Obrigkeit) sind relativ groß; während nämlich der "Naturmensch" nur seine Existenz hat, so hat der "gesellschaftliche Mensch" auch sein Privateigentum, seine Ehre usw. zu verteidigen. Der Verfasser lehnt also die Meinung ab, die staatlich anerkannte Strafe als eine Art von Rache zu betrachten.⁷³ Das Ziel der Strafe sei nicht die "Aussöhnung" und "Abbußung" des Verbrechens (das würde der Beurteilung des Verbrechens, bzw. des Verbrechers einen rein ethischen Charakter einräumen), sondern die Verhütung ähnlicher für die Zukunft, entweder durch Besserung des Täters, oder Abschreckung anderer durch Beispiel, oder Außerstandsetzung des Verbrechers, weiter zu schaden. Die Strafe könne auch nicht im moralischen Sinne aufgefaßt werden, weil diese Auffassung eine vertikale Struktur zwischen den Parteien notwendig voraussetzt (wie etwa das Eltern-Kind Verhältnis), die aber unter den Menschen und im Falle von Erwachsenen überhaupt nicht vorstellbar ist. Strafen könnte solcherweise nur "der Schöpfer wider sein Geschöpf", dieser Vergleich fällt aber schon außerhalb die Zuständigkeit der menschlichen Strafrechtspflege.

b) Die außerordentliche Strafe als Sicherungsmittel

Wenn also unter Strafe vor allem die Befugnis des Staates zu verstehen ist, Sicherheit zu schaffen, d.h. das Recht, zukünftige Verbrechen möglichst zu verhüten, eventuelle Täter/innen mit einem bestimmten Übel zu bedrohen bzw. diese Drohung zu vollziehen, versteht sich von selbst, daß auch diejenigen "strafwürdig" sind, die eines Verbrechens zwar nicht vollkommen überführt, aber doch durch "eigene Schuld sehr verdächtige, mithin sehr gefährliche" Menschen sind. Ja, die "Sicherheit des Staats und der Einzelnen ist der einzige, ausschließliche, allgemeine, alle übrigen in sich fassende Hauptzweck der Strafe."⁷⁴ Da nun die Strafrechtspflege sich in der Tätigkeit des Richters verkörpert, ist es nötig zu bestimmen, nach welchen "Spielregeln" er sein Amt auszuüben hat. Als Richtschnur muß ihm dabei natürlich das Gesetz dienen; und zwar dort, wo dieses die Art des Verfahrens oder die Gattung und das Maß der Strafe ihm überlassen hat, sein rechtliches Ermessen - dort aber, wo das Gesetz ganz schweigt, die Analogie des Gesetzes. Entscheidend ist also, wie das Gesetz dieses Problem behandelt. Der Autor weist auf die *Carolina* hin, die die Verdachtsstrafe als materiellrechtliches Rechtsinstitut erwähnt. Es geht um den Artikel 176, unter der Überschrift: "Von straff oder versorgung der personen von den man auß ertzeygten vrsachen, übels und missethatt warten muß". Dieser Hinweis ist auffällig, weil in der Rechtsliteratur die Meinung verbreitet ist, daß die Verdachtsstrafe

⁷² Ebd. S. 62.

⁷³ Vgl. ebd. S. 60.

⁷⁴ Ebd. S. 65.

der *Carolina* fremd ist.⁷⁵

Der Artikel 176 handelt von Folgendem: Wenn von einem Menschen, weil er die "Urphede" gebrochen, oder nach verbüßter Strafe mit einer ähnlichen neuen Missetat gedroht, und doch das Leben nicht verwirkt hätte, oder aus anderen genügenden Ursachen nicht zu erwarten stehe, daß er seine Mitmenschen mit gewaltsamen, tätlichen Beschädigungen verschone, oder sie bei ihren Rechten unverletzt ließe, und dann dieser Verdacht rechtlich erwiesen sei; so solle derselbe, falls er nicht eine entsprechende Kautio, Gewißheit oder Sicherheit zu leisten vermöge, bis zu dessen Geschehen im Gefängnis eingesperrt werden. Es wird im Gesetztext nicht fixiert, wie lange ein solcher Gefängnis-"Aufenthalt" (ohne hinreichende Kautio, genügende Sicherheit über sich selbst vorzulegen) dauern kann - vielleicht bis zum Tod. Vezins Auffassung lautet, daß "da, wo die *Carolina* gilt, nach dem 176sten Artikel derselben, und da, wo sie nicht gilt, nach der allgemeinen Analogie des Strafrechts, der Richter allerdings befugt sey, in den Fällen, da man sonst zu der außerordentlichen Strafe seine Zuflucht nahm, mithin gegen zwar unüberführte, aber doch durch ihre Schuld verdächtige und gefährliche Personen, Sicherungs- und Präventions-Uebel zu erkennen."⁷⁶ Der Verfasser formuliert seine Meinung ganz bewußt gegen diejenigen, die das Richteramt so streng auf die bloße Anwendung des Gesetzes auf die Tat einschränken wollen. Die Klage über die richterliche Willkür wird zurückgewiesen: "der Richter, der nach den Acten und nach der Analogie der Rechte spricht, spricht nicht nach Willkühr."⁷⁷ Das Dilemma wird deutlich; einen verdächtigen Menschen "auf freiem Fuß" zu lassen, sei ebenso gefährlich, wie es ungerecht sei, einen Verdächtigen der Freiheit zu berauben. Es gibt zwei negative Möglichkeiten - man müßte natürlich das kleinere Übel wählen. Der Verfasser stimmt für das zweite. Argument ist das Interesse des Staates und seiner Mitglieder.

Vezin lehnt interessanterweise auch den Gedanken des Geschworenengerichts ab. Er hält es nicht für ein Kollegium, das *sine ira et studio* erkennt: "Würden nun gar die Geschwornen aus den Miteinwohnern des Beschuldigten erwählt, wie leicht könnte da die Furcht vor eigener Gefahr irre leiten!"⁷⁸ Wie auch an diesem Beispiel sichtbar ist, beschäftigt sich der Autor mit der Problematik des Geschworenengerichts nur ganz oberflächlich.

Es wird nun die folgende Lösung vorgeschlagen: Der Richter sollte in den Fällen, in denen der Beschuldigte weder zum Geständnis gebracht noch überführt worden ist, und

⁷⁵ Die *Carolina* kennt keine außerordentliche Strafe, nur arbiträre Strafe, die zwar nach Ermessen des Gerichtes, jedoch mit dem Rat der Rechtsverständigen bestimmt werden sollte (vgl. Art. 109, 111, 119, 133, 134, 180), behandelt sie aber als materiellrechtliches Rechtsinstitut. Die Verdachtsstrafe im engeren, d.h. prozeßrechtlichen Sinne, erwähnt sie nicht. Vgl. CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 412; SCHAFFSTEIN, ZStW 101(1989), S. 497.

⁷⁶ A.a.O. S. 68.

⁷⁷ Ebd. S. 69. VEZIN wagt sogar die Äußerung: Die Willkür sei nicht unbedingt schlechter, als ein unvernünftiges Gesetz. "Jene, wenn sie ungemessen ist, kann schaden; dieses aber schadet sicher." Vgl. ebd.

⁷⁸ Ebd. S. 71.

doch für eine "dem gemeinen Wesen" gefährliche Person geachtet würde, nicht selbst erkennen, sondern müßte die Akten an die höchste Kriminalgerichtsstelle einsenden. Dieses Gericht wäre allein zuständig, in solchen Fällen zu entscheiden. Wenn nun der Inculpat als so verdächtig *und* gefährlich betrachtet würde, daß man seine Freiheit als mit der "gemeinen Sicherheit" unvereinbar erachte, könnte das Urteil sogar auf lebenslängliche Einsperrung lauten! Die Dauer einer nur zeitlichen Einsperrung müßte nicht genau bestimmt, sondern von dem Betragen des "Verurteilten" abhängig gemacht werden. Der Aufseher des Verwahrungsorts sollte über das Verhalten des Eingesperrten dem Gericht von Zeit zu Zeit berichten, und auch das Gericht selbst würde ihn zeitweise kontrollieren. Daneben scheint kein Grund dagegen zu sprechen, die in Verwahrung genommene Person zur Arbeit zu zwingen, um sie ihren Unterhalt verdienen zu lassen.

Nach Meinung des Autors ist es unmöglich, die notwendigen Anzeigen und Motive detailliert zu bestimmen, d.h. abstrakt zu definieren, um eine solche Entscheidung zu begründen. Man könnte als unentbehrliches Moment allein die doppelte Qualifizierung des Tatbestandes: verdächtig *und* gefährlich, hervorheben. Die Auffassung des Autors wird jedoch durch Beispiele sichtbar. Die Verurteilung wäre als gerechtfertigt zu betrachten, wenn etwa: ein Mensch eine Reihe von Jahren hindurch vieler, teils größerer, teils geringerer Verbrechen durch die Allgemeinheit bezichtigt würde und seit seiner Inhaftierung in der Gegend, wo er gewohnt, keine oder wesentlich weniger Verbrechen begangen wurden. Weitere Kennzeichen: Die inhaftierte Person äußert "gefährliche Drohungen"; ihre Mitbewohner "zittern" vor ihrer Entlassung; die vorher erlittenen Strafen, Inquisitionen, haben sie verschlimmert statt sie zu bessern; endlich alle ihre Reden und Handlungen sie als "einen irreligiösen, durchaus verderbten, zu allem Bösen fähigen, und incorrigiblen Menschen darstellen, der alle Bande der bürgerlichen Ordnung abgeschüttelt, und dem nichts heilig ist."⁷⁹ Obwohl es kaum zu leugnen ist, daß es solche Menschen gibt (auch Vezin selbst behauptet, daß ein solcher Fall in der Wirklichkeit vorgekommen war), ist seine Argumentation - aus heutiger Sicht - doch zu pragmatisch. Die Denkart des Autors ist scheinbar sehr praxisbezogen, sie würde aber für die Gesellschaft (= für den Staat) zuungunsten der Einzelpersonen zu viel Opfer bringen.

3. Carl Salomo Zachariä

Zachariä betrachtet das Thema des Preisausschreibens als zum "philosophischen Criminalrecht" gehörend, folglich muß auch dessen Beantwortung durch philosophische Annäherung geprägt sein. Der Autor wählt die Methode, zwei ganz verschiedene, aber dennoch gleich konsequente Konstruktionen vorzustellen, sozusagen anzubieten; er entscheidet sich aber nicht zwischen ihnen, diese Aufgabe wird "dem freyen Geiste des Lesers" überlassen. Die Abhandlung erörtert also die Problematik der außerordentlichen Strafe unter zwei Gesichtspunkten: nach dem System der "relativen" und der "absoluten" Strafgerechtigkeit. Dies bedeutet kurz gesagt, daß die aufgeworfene Frage im ersten Fall mehr praktisch, im anderen Fall mehr theoretisch aufgefaßt und entfaltet wird.

⁷⁹ Ebd. S. 74.

a) Das System der "relativen" Strafgerechtigkeit

Dieses System steht mit der empirischen Deduktion des Staates und der Staatsgewalt in einer unzertrennlichen Verbindung. Der Gedankengang des Verfassers geht selbstverständlich von der Gesellschaftsvertrag-Idee aus, d.h. setzt den Stand des Menschen in der Natur voraus. Er hätte ein "ewiger Krieg" (*bellum omnium contra omnes*) stattgefunden, der in einem unmittelbaren Widerspruch mit dem Grundtriebe des Menschen gestanden habe, nämlich glücklich zu sein. Die Erfahrung habe schnell gezeigt, daß dieser Widerspruch am einfachsten durch die Einrichtung einer Anstalt zu lösen ist, der gegenüber die Menschen auf einen Teil ihrer Rechte verzichten, damit dieser Anstalt die Macht zukommt, sie zu verteidigen. Diese Einrichtung sei der Staat, "welcher also nichts anders, als eine Gesellschaft ist, in welcher sich mehrere Menschen ihrer Sicherheit wegen einer äußern Gewalt unterwerfen."⁸⁰ Es ist klar, daß der Schwerpunkt auf der Sicherheit liegt. Der Staat hat nur soviel Macht andere Menschen zu bestrafen, wie sie der Mensch "im Stande der Natur" gehabt bzw. auf den Staat übertragen hat. Die Strafe - in juristischem Sinne des Wortes - wird als ein physisches Übel interpretiert, mit dem eine Person wegen Verletzung der Rechtsordnung bedroht oder belegt wird, um Übertretungen der Gesetze - überhaupt oder für die Zukunft - vorzubeugen. Das Prinzip und das Ziel der Strafe kann einzig und allein die Prävention sein; so die *praeventio specialis* wie die *generalis*. Die Aufgabe des Staates besteht folglich *par excellence* darin, die Sicherheit der Einzelnen zu gewährleisten. Die Interpretation der Strafe und des Strafrechts ist rational und konsequent nicht anders vorstellbar.

Die außerordentliche Strafe knüpft in diesem Punkt an den Präventionsgedanken an. Es ist zu bemerken, daß die außerordentliche Strafe als prozeßrechtliches Rechtsinstitut völlig im Sinne der Verdachtsstrafe aufgefaßt wird.⁸¹ Es gibt zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Strafe Ähnlichkeiten und Unterschiede: Wichtiger sei die Ähnlichkeit, daß nämlich die Strafe in beiden Fällen wegen der Übertretung des Gesetzes zuerkannt wird; der Unterschied ist "nur" der, daß die Sanktion bei der außerordentlichen Strafe wegen der wahrscheinlichen Übertretung der Rechtsnorm verhängt wird. Wegen der Prävention steht dem Staat also das Recht zu, einen Verdächtigen zu bestrafen. Fraglich ist nun, nach welchem Kriterium die Sanktion verhängt werden darf. Als Maßstab sollte die moralische Gewißheit über das begangene Verbrechen in Betracht gezogen werden. Ob der Verfasser unter dieser moralischen Gewißheit eine innere richterliche Überzeugung oder nur eine Vermutung verstanden hat, ist unklar und wird auch nicht erklärt.

Zachariä hat mit dieser Beantwortung des ersten Teils der Preisfrage erreicht, daß die andere Fragestellung: Was sei mit den listigen und hartnäckigen Angeschuldigten zu tun, überflüssig wurde. Wenn der Staat praktisch jeden Verdächtigen bestrafen darf,

⁸⁰ A.a.O. S. 5.

⁸¹ So ZACHARIÄ: "Wir verstehen aber hier unter einer außerordentlichen Strafe eine solche, die einem auf den bloßen Verdacht, daß er ein Verbrechen beging, zuerkannt wird; diejenige Strafe aber, die gegen einen vollkommen-überwiesenen Verbrecher verhängt wird, wird hier eine ordentliche Strafe genannt." A.a.O. S. 7.

bleiben in der Tat nur noch Unschuldige auf "freiem Fuß".

Das wäre aber natürlich viel zu einfach - das Problem ist in eigentlichem Sinne dadurch noch nicht gelöst worden, sondern nur umgestaltet. Die neue Annäherung an die Frage lautet folgendermaßen: "Wie muß eine außerordentliche Strafe beschaffen seyn, um auf der einen Seite das gemeine Wesen gegen listige oder hartnäckige Verbrecher, und auf der andern die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen den Eigendünkel und die Willkühr des Richters zu schützen?"⁸²

Zachariä untersucht die Beschaffenheit der außerordentlichen Strafe von der Seite des Rechts und der Politik. Die erste Sicht bezieht sich auf die Garantien für den Einzelnen - welchen Kriterien die außerordentliche Strafe entsprechen soll, damit die verdächtige Person gegen die Willkür des Richters geschützt werden kann. Der andere Gesichtspunkt widmet sich den Interessen der Gesellschaft, damit das "gemeine Wesen" gegen die gefährlichen und listigen Verbrecher gesichert sei. Es erscheint zweckmäßig, diesem Gedankengang zu folgen.

aa) Die außerordentliche Strafe aus der Sicht des Verdächtigen

Aufgabe des Rechts wäre es hier, eine Lösung zu finden, damit die wirklich unschuldigen Menschen nicht bestraft werden. Anders gesagt: Unter welchen Bedingungen stimmt eine außerordentliche Strafe mit den "Grundsätzen des Rechts" überein? Die wichtigste Bedingung sei unumstritten die subjektive Überzeugung des Richters von der Schuld des Angeklagten; der Richter dürfe durchaus nicht aus bloßer Leidenschaft oder wegen seiner Vorurteile jemanden mit außerordentlicher Strafe belegen, sondern erst dann, wenn er in seinem Gewissen von der Schuld des Betroffenen überzeugt ist. Die größte Schwierigkeit steckt offenbar in der richterlichen Subjektivität - da dieses Moment aber notwendig zu sein scheint, bleibt nur eine Möglichkeit: Die Subjektivität sollte soweit wie möglich objektiviert werden. Die Vorschläge dafür sind etwa unparteiliche Richter, gründliche Beweisführung, oder die Schaffung mehrerer Instanzen. Abgesehen davon müssen jedoch bezüglich des Verbrechens zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Auf der objektiven Seite des Verbrechens ist es notwendig, daß die Verletzung des Gesetzes wirklich geschehen und zugleich vollkommen bewiesen wird. Auf der subjektiven Seite besteht als Vorbedingung die Notwendigkeit des Vorhandenseins zumindest eines Verdachts gegen den Angeschuldigten.

Eine außerordentliche Strafe dürfte nur so lange dauern, als der Verdacht besteht, weswegen sie verhängt wurde. Die erkannte außerordentliche Strafe sollte nicht nur in den Fällen ausgesetzt werden, in denen die Unschuld des Bestraften erwiesen ist, oder die gegen ihn sprechenden Anzeigen entkräftet werden, sondern auch, sobald der Verdächtige im Kerker durch sein Betragen "überzeugende Beweise" seiner Besserung gegeben hat.⁸³ Diese Regel ist an sich logisch: Wenn die Strafe selbst aus der gefährlichen Handlungs-

⁸² Ebd. S. 10.

⁸³ Siehe ebd. S. 16.

weise und Denkart des Verdächtigen entstand, dann darf sie nach einem veränderten Verhalten aufgehoben werden, denn dann hat die Strafe ihr Ziel erreicht.

Die außerordentliche Strafe darf nach Zachariä nicht länger dauern als die Gefahr, durch die das Publikum von einem gefährlichen oder verdächtigen Menschen bedroht wird. Diese These ist sehr ähnlich der vorigen, berührt aber schwerpunktmäßig die äußere Gelegenheit oder Veranlassung des Vergehens. Wenn es z.B. um einen Diebstahl geht, den der Verdächtige aus Armut begangen haben soll, müßte ihm die auferlegte Strafe erlassen werden, sobald er zu besseren Vermögensumständen gelangt oder ein hinlängliches Einkommen nachweisen kann. Fraglich ist aber, wie ein Mensch, der im Gefängnis sitzt, zu besseren finanziellen Umständen gelangen kann. Die Ausführung dieser Idee scheint unklar und unsicher, auch Zachariä bekennt: "Durch richterliche Bestimmungen diesen Grundsatz bey außerordentlichen Strafen anzuwenden, dürfte in den meisten Fällen schon schwieriger seyn."⁸⁴

In der Frage, ob das Recht, jemanden mit einer außerordentlichen Strafe zu belegen, dem Richteramt oder der Exekutivgewalt zusteht, vertritt der Autor einen eindeutigen Standpunkt: Diese "gefährliche" Befugnis darf ausschließlich durch Gerichtsprozeß ausgeübt werden. Die Gefahr ist sonst sehr groß, daß die "bürgerliche Freiheit" zu oft verletzt würde. Es gibt aber daneben noch einen wichtigen rechtlichen Gesichtspunkt: Die Frage, ob einer eines Verbrechens für überführt oder für genügend verdächtig zu halten sei, ist auch für Zachariä eine rechtliche Frage. Und über eine rechtliche Frage ist allein das Gericht befugt zu entscheiden.

Für Zachariä gehört der Fall, daß ein Verdächtiger bis zum Ausgang der Untersuchung in Haft genommen wird, sobald zu befürchten ist, daß er durch Entweichen die von dem Gesetz angedrohte Strafe vereiteln würde, eigentlich nicht hierher, weil es dabei in der Tat nicht um eine bloße Sicherheitsmaßregel, sondern um die Vollstreckung des Gesetzes geht.

Eine außerordentliche Strafe dürfe ebensowenig wie eine ordentliche mit der menschlichen Würde der Person des Verbrechers (Verdächtigen) in Widerspruch stehen. Es war damals üblich, die Zuchthausstrafe bei Kapitalverbrechen durch von Zeit zu Zeit erfolgende körperliche Züchtigungen zu verschärfen - eine solche Behandlung sei im Falle der außerordentlichen Strafe besonders entehrend.

Die außerordentliche Strafe darf ferner nie so groß sein wie die ordentliche. Dieser Zusammenhang ist klar, wenn der Unterschied an Gewißheit zwischen einer überführten und einer vermuteten Handlung betrachtet wird. Es war ein alter Grundsatz, daß die außerordentliche Strafe im Vergleich mit der ordentlichen immer milder sein soll, und nie eine solche Strafe sein darf, welche nicht wieder aufgehoben werden kann - so dürfte sie also keinesfalls eine Lebensstrafe sein.⁸⁵ Die Todesstrafe ist insofern auch bei der ordentlichen Strafe problematisch, ein Verdächtiger ist aber berechtigt, mehr Rechtsschutz zu genießen - meint Zachariä.

⁸⁴ Ebd. S. 18.

⁸⁵ So konnte die außerordentliche Strafe z.B. auch nach der preußischen KO nie Todesstrafe sein. Vgl. § 510.

Die Größe der außerordentlichen Strafe sei teils im Verhältnis zu der ordentlichen Strafe des Verbrechens, teils nach der Schwere des Verdachts zu bestimmen, der gegen den Angeschuldigten besteht. Je mehr also der geführte Beweis die Eigenschaft eines vollkommenen hat, desto näher kann die außerordentliche Strafe der ordentlichen kommen. Das Neue daran ist der Anspruch, die Persönlichkeit des Verdächtigen zu berücksichtigen. Normalerweise richtete sich nämlich die Größe der Sanktion nach dem Gewicht des Verbrechens, der Person des Angeklagten wurde nur geringe Aufmerksamkeit geschenkt.

Wenn die außerordentliche Strafe eine Gefängnisstrafe ist, so müßte sie so eingerichtet werden, daß sie zugleich als ein Mittel gelten kann, den Verdächtigen zu bessern. Der Besserungsgedanke, also die Idee, die Persönlichkeit des Verbrechers humaner, vollkommener, gesetzesehrender zu formen, ist an sich sehr modern - vorausgesetzt, daß sich dieses Bestreben nicht in einem erniedrigenden physischen oder psychischen Übel verkörpert. Die Besserung des Täters (Verdächtigen) stimmt mit dem Strafzweck überein - nämlich den Staat gegen die Verletzung seiner Gesetze zu sichern - sagt Zachariä. Die Besserung des Inhaftierten ist zugleich ein sehr wichtiges Argument für die außerordentliche Strafe selbst, die sich dadurch als ein zweckmäßiges, nützliches und sinnvolles Instrument bezeichnen läßt. Die praktischen Probleme bei der Realisierung dieser Vorstellung sind sicher groß. Auch Zachariä erwähnt nur eine Lösungsvariante: "Es würden zum Beispiel die wegen eines bloßen Verdachts Verhafteten von den wirklichen Verbrechern zu trennen, es würde auf ihren Unterricht und ihre moralische Bildung eine besondere Aufmerksamkeit zu wenden, und die Arbeit, wozu man sie anhielte, so einzurichten sey, daß sie selbst daran nach und nach Interesse fänden."⁸⁶

ab) Das Interesse der Gesellschaft an der außerordentlichen Strafe

Vereinfacht betrachtet, wäre es natürlich das Interesse der Gesellschaft (des Staates), möglichst viele verdächtige Personen "hinter Gittern" zu wissen. Die außerordentliche Strafe, die als eine Art von Sicherheitsmaßnahme betrachtet wird, scheint dazu ein geeignetes Mittel zu sein. Zahlreiche solche Sicherungsmittel sind vorstellbar - die Auswahl unter denselben bleibt dem billigen Ermessen des Richters überlassen, der besonders den Charakter des Angeschuldigten sowie andere individuelle Umstände zu berücksichtigen hat. Freilich bleibt hier der Willkür des Richters immer noch ein sehr großer Spielraum; dieser Punkt ist aber nicht zu umgehen. Da sei der menschliche Faktor in dem "Spiel", das Strafrecht, Strafrechtspflege heißt. Zachariä baut ein vierstufiges Sicherheitsleistungssystem auf, wobei die einzelnen Maßnahmen allmählich immer strenger werden.

In erster Linie könnte die Sicherheitsmaßnahme in der Form eines bloßen *Versprechens* geschehen. Ein bloßes Versprechen von seiten des Verdächtigen als außerordentliche Strafe scheint kaum in Betracht kommen zu können. Der Verfasser stellt sich dies vor, daß das Nichteinhalten eines solchen Versprechens mit einem besonderen Nachteil, mit einer besonderen Strafe verbunden wäre. Die Verwarnung, unter der in

⁸⁶ A.a.O. S. 27.

diesem Fall der Verdächtige zu entlassen sei, dürfte wohl dahin zu bestimmen sein, daß der Betroffene, insofern er sich in Zukunft eines Verbrechens derselben Art schuldig machen würde, auch desjenigen Verbrechens überführt betrachtet werden solle, dessentwegen er gegenwärtig in die Untersuchung geraten war. Man kann dagegen zumindest zwei Einwände erheben. Erstens: Diese Art der Sicherheitsmaßnahme ist in all den Fällen nicht anwendbar, in denen die auf ein Verbrechen gesetzte Strafe nicht wesentlich vergrößert werden kann, auch wenn einer mehr als einmal das Gesetz verletzt hat. So wäre z.B. die Verwarnung ganz unzweckmäßig, wenn "Lebensstrafe" oder lebenslängliches Gefängnis auf das Verbrechen stünde. Zweitens: Noch weniger scheint dieses Mittel tauglich, wenn es um "listige Verbrecher" geht - gegen die mit solchen "Waffen" zu kämpfen, sinnlos wäre. Der Richter hätte seine Aufmerksamkeit auf den individuellen Charakter des Angeschuldigten zu richten, wenn er diese Art der Sicherheitsleistung erwählt, die sich sonst wegen ihrer Billigkeit ganz vorzüglich empfiehlt.

Eine weitere Sicherheitsmaßnahme kann durch *Verpfändung* geschehen. Diese außerordentliche Strafe wäre praktisch mit einer normalen gemeinrechtlichen *cautio* identisch: Der Verdächtige müßte ein Pfand oder eine Hypothek für sein zukünftiges gesetzmäßiges Betragen zur Verfügung stellen, das verfiel, sobald er eines ähnlichen Verbrechens überführt würde. Diese außerordentliche Strafe wäre auf solche Vergehen zu beschränken, die durch eine Geldstrafe "abgebüßt" werden können, also bei milderer Delikten.⁸⁷ Die Anwendbarkeit dieser Sanktion wird aber auch dadurch beschränkt, daß sie bei einer gänzlichen Armut des Angeschuldigten naturgemäß entfallen muß. Dieser Einwand taucht bei der Kautio notwendigerweise auf. Es würde von dem Angeschuldigten soviel Kautio zu verlangen sein, wie die Strafe des Verbrechens betrüge, wenn es erwiesen wäre. Die Geldstrafe wäre hier eigentlich vollstreckt, jedoch mit einer Rückgabepflicht - vorausgesetzt, daß keine neue Rechtsverletzung von seiten des Betroffenen in der Zukunft stattfindet. Die Zeit zu bestimmen, wie lange eine solche "Geldentziehung" dauern müßte, ist fast unmöglich. "Im Allgemeinen läßt sich wol nur soviel darüber festsetzen, daß es hierbey auf die Größe des Vergehens und des gegen den Angeschuldigten obwaltenden Verdachts ankommt."⁸⁸ Es wäre daneben noch erforderlich, daß der Verdächtige nach dem Ablauf des gesetzten Termins glaubwürdige Zeugen beibringen kann, die sein Wohlverhalten beweisen.

Eine Sicherheitsleistung könnte drittens durch *Bürgen* gestellt werden. Eine außerordentliche Strafe, die dieser Art der *cautio* entspricht, würde also darin bestehen, daß der Verdächtige einen oder sogar mehrere Bürgen für sein künftiges Wohlverhalten zu stellen hätte. Die Bürgschaft (ein privatrechtliches Rechtsinstitut) als eine strafrechtliche Sicherheitsmaßnahme, sogar eventuell eine wirkliche Strafe - ist allerdings ein origineller Gedanke. Die Bürgen würden ein erhebliches Risiko auf sich nehmen, d.h. sie müßten sich selbst der auf das Verbrechen gesetzten Strafe unterwerfen, dessen der

⁸⁷ ZACHARIÄ denkt nicht allein an diejenigen rechtswidrigen Handlungen, die die Gesetze mit Geldstrafe bedrohen, sondern "auch an diejenigen, welche nach den Grundsätzen des philosophischen Criminalrechts mit einer solchen Strafe belegt werden können." A. a. O. S. 32.

⁸⁸ Ebd. S. 34.

Verdächtige angeklagt wird, falls sich der Angeklagte in der Folge eines ähnlichen Verbrechens schuldig macht. Der Verfasser geht davon aus, daß die Sanktion in dieser Weise gegen die Bürgen vollstreckt werden muß, da sie eigentlich als falsche Zeugen zu betrachten und demgemäß zu bestrafen seien.

Das Versprechen, welches die Bürgen zu leisten hätten, wäre jedoch nicht so zu verstehen, daß sie wegen einer jeden rechtswidrigen Handlung, die der Angeschuldigte in Zukunft begehen würde, auch wenn sie von einer anderen Art sein sollte, eintreten müßten; noch dahin auszulegen, daß sie, wenn der Verdächtige von neuem ein Verbrechen derselben Art begehen sollte, die Strafe des wiederholten Verbrechens verdienten. Es sollte bewiesen werden, daß sie dem Angeschuldigten durch ihre Bürgschaft Gelegenheit zu neuen Vergehen geben wollten, und deshalb wären sie als Mitgenossen desselben Verbrechens noch besonders zu bestrafen. Die Beweisführung wäre eine zumindest komplizierte Sache gewesen. Diese Variante der außerordentlichen Strafe gefällt Zachariä jedoch besonders, weil dadurch der Verdächtige zugleich mittelbar einer genaueren Aufsicht durch die Bürgen unterworfen wäre, zu welcher diese im eigenen Interesse veranlaßt wären. Was die Eigenschaften der Bürgen betrifft: Sie müssen unbescholtene Männer sein, die als Zeugen für die Unschuld des Angeklagten Glaubwürdigkeit verdienen, zum andern hat der Richter besonders dann ihre Vermögensumstände zu berücksichtigen, wenn es um ein Verbrechen geht, auf welches nach den Gesetzen eine Geldstrafe zu erkennen ist. In der Regel könnte nur durch zwei Bürgen eine hinlängliche Sicherheit gestellt werden (ebenso wie nur durch zwei Zeugen ein gültiger Beweis geführt werden kann - *unus testis nullus testis*), bei geringeren Vergehen dürfte jedoch schon ein einziger Bürge ausreichen, ebenso dann, wenn nur ein geringer Verdacht gegen den Angeklagten spricht. Die Zeit endlich, auf welche eine solche *cautio fidejussoria criminalis* festzulegen wäre, wäre auch nur nach den allgemeinen Überlegungen zu bestimmen.

Eine echte Strafe könnte viertens für die schwersten Fälle, gegen die gefährlichsten Personen, verhängt werden, und zwar entweder Gefängnis oder "Konfination", d.h. Beschränkung des Aufenthaltes einer bestimmten Person an einen bestimmten Ort. Was das Interesse des Staates angeht, wäre diese außerordentliche Strafe die zweckmäßigste, "nur" in Beziehung auf den Verhafteten ist sie das härteste Übel, das ihm zugefügt werden kann. Diese Sanktion ist umso bedenklicher, als der Verdächtige dabei seine Unschuld nicht beweisen kann. Daß diese Sanktion eine echte Strafe ist, stellt Zachariä richtig fest: "Wollte man ihn damit trösten, daß er das Gefängnis nicht als eine Strafe, sondern nur als ein Sicherheitsmittel zu betrachten habe (*nuda detentio*), so würde er mit Recht antworten können: *In verbis simus faciles, dummodo conveniamus in re!*"⁸⁹ Diese Art von außerordentlicher Strafe wäre also nur im äußersten Fall anzuwenden.

b) Das System der "absoluten" Strafgerechtigkeit

Mit Blick auf das System der "relativen" Strafgerechtigkeit interpretiert Zachariä diese Auffassung folgenderweise: "So wie dort der Trieb nach Glückseligkeit und das davon

⁸⁹ Ebd. S. 38.

abgeleitete Bedürfnis nach Sicherheit an der Spitze des Ganzen stand, so ist es hier der Begriff der Freiheit, mit welchem unser System steht oder fällt. Dort wurde die Nothwendigkeit, einen Staat zu errichten, aus der Erfahrung abgeleitet. Hier geht der Staat und der Rechtsgrund, auf welchem die Staatsgewalt beruht, aus einer *a priori* feststehenden Rechtspflicht hervor.⁹⁰ Der Zweck der Strafe kann also nach dieser Auffassung schlechterdings nicht die Sicherheit des Staates sein; die Strafe sei bloß ein physisches Übel, womit jemand bedroht oder belegt wird, weil er ein Gesetz (des Staates) verletzt hat.

Der Grundgedanke dieses Systems ist: Alles Recht beruht auf der gegenseitigen Übereinstimmung der äußern Freiheit der Menschen. Der Autor geht bei der Begründung dieser Variante der Strafgerechtigkeit auch von der Gesellschaftsvertrags-Theorie aus; die aber hier eine wesentlich abweichende Bedeutung erhält. Demnach wäre für den Menschen "der Stand der Natur" ein Zustand der Rechtslosigkeit gewesen, weil in demselben ein jeder sein eigener Richter war.⁹¹ Es ist daher eine Rechtspflicht, diesen Zustand der Rechtslosigkeit zu verlassen und einen äußeren Richter in Beziehung auf das gemeinsame Recht anzuerkennen. Das wäre nun der Staat, dessen Endzweck also nur darin bestehen kann, der Rechtsordnung eine objektive Sanktion zu erteilen.

Die Strafgewalt des Staates kann nicht aus dem "Naturstand" des Menschen, sondern nur aus Vernunftprinzipien abgeleitet werden, da nämlich nach den Grundsätzen der "praktischen Vernunft" ein jeder, der ihre Gesetze verletzt, Strafe verdient; da ferner ein jeder Gesetzgeber die Übertreter seiner Gesetze zu bestrafen befugt ist; und da endlich die postulierte Rechtspflicht den Staat zu einer Gesetzgebung in Sachen des objektiven Rechts berechtigt, so steht damit die Strafgewalt des Staates, als ein absolutes Recht desselben, unerschütterlich fest.

Ist es nun in einem solchen System überhaupt möglich, eine außerordentliche Strafe als eine eigentliche Strafe zu rechtfertigen? Die Antwort ist ein kategorisches Nein. Die Strafgewalt ist hier ein objektives Instrument, das sich keinerlei Subjektivität erlauben kann. Das Urteil des Richters, durch welches eine Strafe zuerkannt wird, "muß ein objektives Urtheil (ein Urtheil in der eigentlichen Bedeutung des Wortes) seyn, da er den Grundsatz der praktischen Vernunft, daß er, der unrecht handelte, Strafe verdient, auf den einzelnen Fall anzuwenden hat, und mithin nur nach objektiven Beweisgründen, gleichsam als ein Repräsentant der praktischen Urtheilskraft, zu sprechen befugt ist."⁹² Eine außer-

⁹⁰ Ebd. S. 40.

⁹¹ Diese Auffassung vom Gesellschaftsvertrag stimmt Wort für Wort mit dem entsprechenden Satz von Immanuel KANT überein, der in seiner 1797 publizierten Schrift über das "Ursituirtsein" des Menschen folgendes schreibt: "Zwar dürfte sein natürlicher Zustand nicht eben darum ein Zustand der Ungerechtigkeit (*iniustus*) seyn, einander nur nach dem bloßen Maße seiner Gewalt zu begegnen; aber es war doch ein Zustand der Rechtslosigkeit (*status iustitiae vacuum*), wo, wenn das Recht streitig (*ius controversum*) war, sich kein kompetenter Richter fand, rechtskräftig den Ausspruch zu thun, aus welchem nun in einen rechtlichen zu treten, ein jeder den Anderen mit Gewalt antreiben darf; weil obgleich nach jedes seinen Rechtsbegriffen etwas Äußeres durch Bemächtigung oder Vertrag erworben werden kann, diese Erwerbung doch nur provisorisch ist, so lange sie noch keine öffentliche (*distributive*) Gerechtigkeit bestimmt, und durch keine dies Recht ausübende Gewalt gesichert ist." KANT, Rechtslehre, S. 163 f.

⁹² A.a.O. S. 44.

ordentliche Strafe also, die als ein subjektives Urteil betrachtet werden müßte, ist diesem System im Grunde fremd. Da folgt aber die gestellte Preisfrage: Welches Mittel kann man an deren Stelle setzen, um auf der einen Seite das Publikum gegen "listige oder hartnäckige Verbrecher", und auf der anderen Seite die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen die Willkür des Richters zu schützen? Wenn überhaupt etwas in Betracht kommen kann, so wäre das allenfalls ein Sicherungsmittel. Jegliche Sicherungsmittel sind aber in dieser Konstruktion von der außerordentlichen Strafe scharf zu unterscheiden. Das erstere würde aus dem Präventionsrecht des Staates, die letztere aus der Strafgewalt desselben abzuleiten sein. Wie gesagt, ist die außerordentliche Strafe nicht akzeptabel, weil nur durch die ordentliche Strafe der Zustand der Rechtslosigkeit aufgehoben, an die Stelle von Meinung und Willkür "Urteil" und Gerechtigkeit gestellt werden kann. Aus diesem Grundsatz ergibt sich unmittelbar, daß auch eine Sicherheitsleistung, die wegen eines Verdachts von dem Angeschuldigten gefordert würde, als rechtswidrig zu verwerfen wäre. Durch ein jedes Sicherungsmittel, das man auf einen bloßen Verdacht hin verhängte, würde nämlich das Recht auf einen guten Namen verletzt, das jedem Staatsbürger zusteht. Kraft dieses Rechts muß er so lange für einen unschuldigen Menschen gehalten, und natürlich in dieser Eigenschaft behandelt werden, als nicht das Gegenteil erwiesen ist. Das ist schon der Gedanke der Unschuldvermutung. Es gibt für dieses Strafsystem nur zweierlei Menschen: Schuldige und Unschuldige; mit einem Verdächtigen ist nichts zu tun... Damit setzt sich der Grundsatz durch, daß es besser ist, daß der Schuldige ungestraft bleibe, als daß der Unschuldige bestraft werde.

Natürlich ist auch dieses System nicht unanfechtbar; Zachariä selbst erwähnt einige erhebliche Einwände. Erstens: Der Unterschied zwischen dem vollkommenen und unvollkommenen Beweis sei relativ, d.h. man könne nie einen eigentlich vollkommenen Beweis gegen den Angeschuldigten führen. Ein solcher Beweis müßte *objektiv* (wenn die richterliche Überzeugung ganz allein die Folge der angegebenen Gründe ist) und *absolut* (wenn die durch den Beweis bewirkte Überzeugung in jeder Hinsicht hinlänglich ist) sein, daneben 3 Elemente enthalten: 1) daß die Tat wirklich geschehen ist, 2) daß der Verdächtige dieselbe begangen hat, und 3) daß diese Tat ihm als Schuld angerechnet werden könne. Die interessanteste, aber zugleich die komplizierteste Frage ist freilich die Problematik der Zurechnung, die aber von dem Autor nicht ausführlich erörtert wird. Er ist der Meinung, daß es eigentlich nur eine "juridische Zurechnung" gibt, die aber im philosophischen Sinne durchaus nicht unfehlbar ist.

Man könnte auch sagen, daß dem Staat das Recht zustehen sollte, von einem Verdächtigen zumindest eine "Kautions" zu verlangen, der Sicherheit der Gesellschaft zuliebe. Dieser Einwand wird jedoch damit zurückgewiesen, "daß ein jeder Mensch, sobald er in den Staat tritt, schon dadurch dem gemeinen Wesen Sicherheit wegen seines Wohlverhaltens leistet, daß er sich überhaupt der Staatsgewalt und den Strafen, die sie den Uebertretern ihrer Gesetze droht, unterwirft. Wollte also der Staat noch eine besondere Sicherheitsleistung von ihm fordern, so würde diese eine wahre Strafe sein, (ein *privilegium odiosum*) die ihm doch nur nach einem vollkommenen Beweis auferlegt werden kann."⁹³ Die Kautions gilt also als eine Art von Strafe, die nur eine außerordentliche sein könnte,

⁹³ Ebd. S. 54.

folglich zu verwerfen ist.

Es wird drittens der Einwand erwähnt, daß die außerordentliche Strafe nach dem System der "absoluten" Strafgerechtigkeit auch als eine Art von Volkserziehung betrachtet werden könnte, die im wesentlichen ein Recht, sogar eine Pflicht des Staates ist. Ja - antwortet der Verfasser -, aber das Recht des Staates, seine Mitglieder zu erziehen, erstreckt sich nicht über das Alter hinaus, mit welchem der Mensch im Stande ist, selbst seine Freiheit zu gebrauchen, und mit welchem daher auch die elterliche Gewalt aufhört. Aber gerade in diesen Jahren der Minderjährigkeit ist es verboten, außerordentliche Strafen zu verhängen. Die Volkserziehung, die unter Umständen auch durch gewisse Gewalt ausgeübt werden kann, darf nicht auf die Erwachsenen ausgedehnt werden.

Es ist ein ganz besonderes Problem, wenn die außerordentliche Strafe "dank" der Gesetzgebung in Gestalt von positiven Gesetzen erscheint.⁹⁴ Diese Variante der außerordentlichen Strafe sei die gefährlichste Form: Dadurch könne sowohl die Tortur ("die man jetzt doch wohl allgemein für eine Barbarey der Vorzeit erklärt" - sagt Zachariä) wie auch die "Sicherheitsmaßregeln" der französischen Revolution leicht gerechtfertigt werden. Der Verfasser bemerkt richtig, daß auch die Tortur in eigentlichem Sinne eine Strafe, sogar Strafe des Verdachts war - nur hieß sie anders. Und die Revolution in Frankreich hat die Schrecklichkeit der Rechtsnormen gezeigt, die nur die Aufgabe gehabt haben, die gefährlichen, verdächtigen Leute, z.B. die Personen des Adels des *ancien regime*, zu vernichten.

Die Zusammenfassung der Abhandlung ist ganz lakonisch: Die Praxis habe sich für das erstere ("relative") System entschieden - die "römischen Gesetze" und die *Carolina* scheinen eher das letztere ("absolute") zu begünstigen.⁹⁵ Zachariä nimmt keine feste Position ein: Er überläßt es seinen Lesern, "sich für das eine oder für das andere zu erklären". Man hat jedoch das Gefühl, daß das System der "relativen" Strafgerechtigkeit in der vorliegenden Preisschrift doppelt so ausführlich behandelt wird wie das System der "absoluten", so daß jene "Handlungsmethode" der Überzeugung des Autors näher stehen könnte.

4. Die gekrönte Preisschrift von Eisenhart

Der Verfasser behandelt die ausgeschriebene Preisfrage in zwei Abschnitten. Er setzt sich vor allem mit der Frage der Beweisführung auseinander, d.h. mit dem Begriff des vollkommenen Beweises, mit der Vollständigkeit oder Unvollständigkeit desselben, mit den Anzeigen, sowie mit dem *Sein*⁹⁶ der außerordentlichen Strafe. Der zweite Abschnitt

⁹⁴ Siehe das 5. Kapitel dieser Arbeit, über die Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft.

⁹⁵ Diese Bemerkung, ja die Behauptung von ZACHARIÄ ist natürlich sehr anfechtbar.

⁹⁶ "Sein" und "Sollen" sind bekannte und beliebte Grundbegriffe einer statischen oder dynamischen, bzw. einer deskriptiven oder konstruktiven Anschauung der Wirklichkeit bei KANT, dessen Schriften zur damaligen Zeit schon sehr verbreitet gewesen sind; ihre Wirkung auf die vorliegenden Preisschriften ist deutlich spürbar. Vgl. KANT, *Reine Vernunft*, S. 226 ff.

beschäftigt sich mit dem *Sollen* des aufgeworfenen Problems: Was soll mit den "listigen, gefährlichen und hartnäckigen" Leuten, mit den nicht überführten "Verbrechern" geschehen? Dort werden auch die Sicherungsmittel behandelt.

a) Von den vollkommenen und unvollkommenen Beweisen

Es ist eine der wichtigsten Fragen, was es eigentlich für die Beweisführung bedeutet, einen Beweis als vollkommen zu betrachten, genauer: Wann ist ein Beweis vollkommen? Das ist der Eckstein der Problematik der außerordentlichen Strafe auf der Ebene des Prozeßrechts.

aa) Verdacht, Beweis und dessen Arten

Der erste Schritt besteht darin, den Begriff des Verdachts zu definieren: "Die auf gewisse Voraussetzungen gegründete Meinung, daß ein anderer eine unerlaubte Handlung begangen habe, heißt Verdacht."⁹⁷ So wird jemand eines Verbrechens, d.h. einer strafbaren Handlung verdächtig, sobald gewisse Voraussetzungen die Meinung begründen, daß er der Urheber eines Verbrechens ist. Der Verdacht ist wahrscheinlich begründet - sagt Eisenhart -, wenn die Gründe, die für die Wahrheit der Voraussetzungen vorhanden sind, die Gründe überwiegen, die sich für das Nichtvorhandensein derselben anführen lassen. Die "Anstellung der Untersuchung" sowie das Gerichtsverfahren beginnen nun gegen eine konkrete Person aufgrund eines bestimmten Verdachts - sonst könnte lediglich von Willkür die Rede sein.

Es wäre der nächste Schritt für den Richter, von dem Verdacht zur Gewißheit (zum Beweis) zu kommen. Die Mittel, um zu einer richtigen Kenntnis über Tathandlungen zu gelangen, werden Beweismittel genannt. Die durch die Beweismittel vermittelte Überzeugung kann gesetzmäßig, also objektiv sein, oder sie bedeutet die subjektive "Privatüberzeugung" des Richters - im idealen Fall decken sich beide natürlich. Es gibt zwei Wege, wie der Richter zur Überzeugung vom Vorliegen einer Tatsache gelangen kann: Der erste ist gerade, einfach und natürlich und leitet unmittelbar auf die Tatsache, indem z.B. Geständnis, Zeugen etc. vorhanden sind; der andere ist ein Umweg, indem der Richter aus mit gesetzlich gebilligten Beweismitteln genügend erwiesenen Tatsachen, die nicht automatisch und unmittelbar den Gegenstand der Untersuchung ausmachen, mit Hilfe richtiger Vernunftschlüsse das *factum principale* (oder: die Hauptsache, d.h. die Wirklichkeit eines begangenen Verbrechens und eine konkrete Person, die als der Urheber des Verbrechens betrachtet werden kann) in Gewißheit zu bringen sucht. Die Tatsachen, aus denen eine Schlußfolgerung auf die Wirklichkeit der Hauptsache gezogen werden kann, mit denen ein sogenannter künstlicher Beweis geführt wird, werden Anzeigen oder Indizien genannt. Die *Carolina*, mit ihr der gemeinrechtliche Gerichtsgebrauch und die meisten damaligen Gesetze betrachten auch die mangelhaften "natürlichen Beweise", wie

⁹⁷ EISENHART, Preisschrift I, S. 70.

z.B. das außergerichtliche Geständnis, die Aussage nur eines klassischen Zeugen über die Hauptsache, als Indizien.⁹⁸

Der Begriff eines vollständig bewiesenen Verbrechens hat eine doppelte Beziehung und kann in einer materiellen und in einer formellen Bedeutung gebraucht werden. Eine materielle Vollständigkeit des Beweises ist vorhanden, wenn all die Bedingungen, unter denen die auf das Verbrechen gesetzlich festgesetzte Strafe gegen dessen Urheber verhängt werden kann, bewiesen worden sind; d.h. die formelle Vollständigkeit des Beweises aller notwendigen Tatsachen ergibt die materielle Vollständigkeit. Eine formelle Vollständigkeit des Beweises ist dann gegeben, wenn die zur Untersuchung herangezogenen Tatsachen durch gesetzliche Beweismittel so dargetan worden sind, wie die Gesetze es erfordern, wenn der Richter sich von deren Wirklichkeit überzeugen lassen soll. Die materielle Vollständigkeit müsse unbedingt auch formell vollständig sein.⁹⁹ Die materielle Unvollständigkeit des Beweises bei einem Verbrechen hat nicht unbedingt zur Folge, daß der Verdächtige von aller Strafe loszusprechen ist, sondern es kommt darauf an, ob nach Abzug dessen, was an dieser Art der Vollständigkeit abgeht, dasjenige, was übrig bleibt, an sich noch strafwürdig erscheint, und formell vollständig bewiesen ist. Wenn der Beweis materiell so unvollständig ist, daß nichts Strafwürdiges übrig bleibt, so muß der Freispruch folgen.

ab) Die Anzeigen und deren Arten

Die Anzeigen (Indizien) machen die Grundlage des künstlichen Beweises aus. Ihr Wert oder ihre Stärke hängt von dem Zusammenhang der ihnen zugrunde liegenden Tatsachen mit der Hauptsache ab. Je notwendiger und unmittelbarer dieser Zusammenhang ist, desto stärker wird eine Anzeige sein. Auf diesen Satz gründet sich die Einteilung in nahe und entfernte Anzeigen, die in der damaligen Rechtsliteratur allgemein verbreitet war.¹⁰⁰ Für die nahe, gewisse Anzeige kann als Musterbeispiel die Niederkunft einer Ehefrau dienen, deren Ehemann im Zeitraum der Zeugung abwesend war.¹⁰¹ Dadurch ist zwar der außereheliche Beischlaf der Ehefrau vollkommen bewiesen, aber dieser allein macht noch keinen Ehebruch aus, sondern er muß von einer Verletzung der ehelichen Treue begleitet sein. Es ist nämlich sehr wohl möglich, daß die Frau z.B. vergewaltigt wurde, so daß sie von ihrer Seite aus völlig unschuldig ist. Solche Anzeigen also, welche die Hauptsache des

⁹⁸ Siehe CCC Art. 32, 33.

⁹⁹ Im Verständnis von EISENHART ergibt sich aus diesem doppelten Begriff der Vollständigkeit des Beweises, daß auch der Begriff des unvollständigen Beweises in eine zweifache Beziehung genommen werden kann. Eine formelle Unvollständigkeit im Beweis solcher tatsächlichen Umstände, die als Bedingungen der auf ein Verbrechen festgesetzten Strafe vorauszusetzen sind, hat jederzeit materielle Unvollständigkeit des Beweises zur Folge, obgleich diese mit dessen formeller Vollständigkeit sehr wohl bestehen kann. Vgl. a.a.O. S. 77.

¹⁰⁰ Vgl. KLEIN, Grundsätze, S. 65 ff.

¹⁰¹ Weitere Beispiele bei FILANGIERI, S. 303 ff.

Verbrechens vollkommen begründen, und bei denen "nur" die Frage offen bleibt, ob das Verbrechen dem Täter (der Täterin) zugerechnet werden kann, heißen *absolut nahe* Indizien.

Die Distinktion zwischen entfernten und nahen Anzeigen ist allerdings nur ein Resultat der wissenschaftlichen Reflexion; die positiven Gesetze hatten im allgemeinen keine Regel festgesetzt, nach der die Grenzlinie gezogen werden könnte.¹⁰² Eisenhart interpretiert sie folgenderweise: "Nahe ist die Anzeige, wenn der Zusammenhang der dabey zum Grunde liegenden Thatsache mit der Hauptsache, der Erfahrung nach, als gewöhnlich angenommen werden muß, und dagegen ihr Zusammenhang mit anderen Thatsachen entweder in physischer oder moralischer oder in beider Hinsicht zu den außerordentlichen und ungewöhnlichen Erscheinungen in dem Laufe der Dinge gehören würde; entfernt ist eine Anzeige, wenn zwar der Zusammenhang der dabey zum Grunde liegenden Thatsache mit der Hauptsache nicht nur denkbar, sondern auch leichter als mit irgend einer andern Thatsache möglich ist, doch aber letzterer nichts außerordentliches und ganz ungewöhnliches, weder in physischer noch moralischer Hinsicht, mit sich führt."¹⁰³ Aus dieser Formulierung ergeben sich weitere Folgerungen, nämlich: Mehrere entfernte Anzeigen erlangen die Stärke einer nahen Anzeige, wenn das Zusammentreffen der dabei zugrunde liegenden Fakten auf einen engen Zusammenhang mit der Hauptsache hinführt; mehrere entfernte Anzeigen, bei welchen ein Zusammentreffen dieser Art nicht vorhanden ist, verändern ihre Eigenschaft als entfernte Anzeigen nicht und können daher nie den Wert einer nahen Anzeige erreichen.

Um eine Verdachtsstrafe begründen zu können, ist die Frage besonders wichtig, ob nicht der Grad von Gewißheit aus dem Zusammentreffen mehrerer naher Anzeigen entstehen kann. Eisenhart ist der Meinung, daß eine bloße Häufung solcher Anzeigen keine völlige Gewißheit hervorbringen kann, obgleich dadurch der Verdacht möglicherweise ungemein verstärkt wird. Eine Gewißheit kann jedoch durch Anzeigen dann zustande kommen, wenn die einzelnen Indizien so ineinander greifen, daß keine andere Möglichkeit bleibt, als daß unter der Voraussetzung, daß die dabei zugrunde liegenden Tatsachen vollständig bewiesen sind, der Verdächtige notwendig der Urheber des Verbrechens sein müsse. Bei einem Zusammentreffen der nahen Anzeigen dieser Art geht es nicht um bloße Häufung mehrerer Indizien, sondern um eine solche Vereinigung derselben, welche die Möglichkeit ausschließt, daß die kombinierten Fakten mit irgendeiner anderen Tatsache als der Hauptsache des vorliegenden Verbrechens im Zusammenhang stehen können. Es wird deutlich, daß Eisenhart der Gewißheit in der Beweisführung und beim Urteil einen herausragenden Platz einräumt und schon hier seine die Verdachtsstrafe ablehnende Haltung zum Ausdruck kommt.

¹⁰² Zwar finden wir Beispiele für die beiden Begriffe, aber die in den Gesetzen als nah oder als entfernt angegebenen Anzeigen behaupten nicht unmittelbar fest den ihnen beigelegten Charakter, sondern sie können denselben durch ihren Zusammenhang mit anderen Tatsachen verändern und vertauschen. Vgl. CCC Art. 25. - "Von gemeynen argkwonen und anzeygungen, so sich auff alle missethat ziehen".

¹⁰³ A.a.O. S. 82.

ac) Die Problematik des Indizienbeweises

Es können im Prinzip drei verschiedene Fälle eintreten, in welchen die rechtliche Wirkung der Anzeigen in Betracht gezogen werden kann. Erstens: Wenn der Beweis, den der Inquisit gegen sich hat, nur auf Anzeigen beruht. Zweitens: Die "Hauptsache" zwar unmittelbar durch die gesetzlichen Beweismittel, aber unvollständig bewiesen worden ist, jedoch zugleich Anzeigen diesen unvollständigen, natürlichen Beweis unterstützen. Drittens: Der unmittelbare oder natürliche, vollständige Beweis auch den künstlichen Beweis durch Anzeigen für sich hat. Die rechtliche Beurteilung der letzten Variante bereitet eigentlich keine Schwierigkeiten, wenn also ein natürlicher Beweis der "Hauptsache" vollständig gegeben ist, und außerdem noch durch Anzeigen unterstützt wird. Umso interessanter sind die ersten zwei Varianten: Ob und inwiefern ein bloß künstlicher Beweis ausreiche, um gegen einen Verdächtigen eine "peinliche Strafe" zu erkennen?

Im Rahmen des gemeinen Rechts galt (seit 1495) neben dem deutschen (germanischen) auch das römische Recht als - subsidiär - anwendbare Rechtsquelle, und die Standpunkte der zwei Rechtsquellen Gruppen in dieser Frage sind recht unterschiedlich. Was nämlich das römische Recht betrifft, so scheint dieses den Beweis durch Anzeigen, welche in einem unzweifelhaften Zusammenhang mit dem "Hauptfactum" stehen, und die Gewißheit des letzteren klar machen, dem unmittelbaren Beweis der "Hauptsache" völlig gleichgeachtet und für ausreichend angesehen zu haben, um darauf ein Straferkenntnis zu gründen - meint Eisenhart.¹⁰⁴ Hingegen schreibt die PGO vor (Art. 22, 23, 30.), daß niemand auf irgendeine Anzeige, "Argwohn" oder Verdacht hin zu "peinlicher Strafe" verurteilt werden soll, sondern nur dann, wenn "genugsame", d.h. vollständig erwiesene Anzeigen vorhanden sind. Bekanntlich konnte der Inquisit - wenn er mindestens einen halben Beweis gegen sich hatte - "nur" der Tortur unterworfen werden: Die Verurteilung war erst aufgrund seines Bekenntnisses oder des Beweises möglich. Jedenfalls ist sicher, daß die *Carolina* denjenigen Beweis, welcher auf bloßen Anzeigen beruht, nicht als einen gesetzlich vollständigen Beweis betrachtet hat. Die *Carolina* schließt aus dem Begriff einer Anzeige den Begriff der Gewißheit aus, und sie versteht unter Anzeige (*indicium*) überhaupt ein unvollständiges Beweismittel; folglich rechnet sie solche Anzeigen, aus denen sich Gewißheit der "Hauptsache" ergibt, zu den Beweisen, worauf ein peinliches Erkenntnis schon gebaut werden könne (Art. 22.). Sie sagt im Art. 19. ausdrücklich, daß redliche Anzeigen von ihr in gleicher Bedeutung wie die Ausdrücke redliches Wahrzeichen, Argwohn, und Verdacht gebraucht würden, und rechnet daher im Art. 23. die Aussage eines guten Zeugen über die "Hauptsache" des Verbrechens, welche ihrer Natur nach gar nicht zu den Anzeigen in eigentlichem Sinne gehört, sondern nur einen mangelhaften natürlichen Beweis ausmacht, doch zu den Anzeigen. Nach Meinung von Eisenhart machen die Zeugenaussagen, insofern sie unmittelbar auf die "Hauptsache" gerichtet sind, ein natürliches Beweismittel aus, welches aber unvollständig sein kann, wenn dabei nicht die Bedingungen eintreten, unter denen die Gesetze ihm vollkommene Glaubwürdigkeit geben. Für die *Carolina* gilt als entscheidendes Moment zwar die Gewißheit, aber in ihrer damaligen, durchaus formellen Bedeutung. Sie versteht unter den Beweisen (Art. 19, 21,

¹⁰⁴ Vgl. Cod. Just. 9.9.1; 4.19.23.

23 sowie 62, 69.) nichts anderes als die Gewißheit über das Verbrechen und seinen Urheber durch überzeugende Gründe, die sowohl durch den künstlichen Beweis vermittelt Anzeigen, wie auch durch den natürlichen oder unmittelbaren Beweis des "Hauptfactums" selbst zustande kommen kann.¹⁰⁵

Der nächste Schritt ist das Problem der Zurechnung. Freilich kann es dabei immer noch ungewiß bleiben, ob das Verbrechen seinem Urheber vollkommen zugerechnet werden kann; die gehört allerdings zu den notwendigen Bedingungen, unter denen die im Gesetz bestimmte Strafe auf den Täter anzuwenden ist. Im Verständnis von Eisenhart begründen die Anzeigen, besonders die absolut nahen Anzeigen eine Vermutung für die Schuld des Inquisiten, die praktisch sehr schwer zu widerlegen ist. Um bei dem schon angeführten Beispiel der des Ehebruchs angeschuldigten Frau zu bleiben: Es ist die Aufgabe der Ehefrau zu beweisen, daß eine Notzucht an ihr verübt wurde. Wenn sie sich also damit von der Strafe des Ehebruchs zu befreien sucht, daß sie eine an ihr verübte Vergewaltigung behauptet, so wird dieser Einwand nur unter der Bedingung rechtliche Wirkung haben können, daß sie denselben durch solche Gründe zu unterstützen im Stande ist, die wenn auch nicht auf völlig erwiesenen, so doch wenigstens auf wahrscheinlichen Tatsachen beruhen.¹⁰⁶ Gelingt der Angeschuldigten dies nicht, so wird der Richter sie als überführt zur gesetzlichen Strafe verurteilen müssen. Eisenhart selbst hat wahrscheinlich nicht bemerkt, daß er hier, während er gegen die Verdachtsstrafe und für die Anerkennung der materiellen Gewißheit in der "Hauptsache" kämpft, in die Falle der Schuldvermutung¹⁰⁷ gerät. An dieser Stelle nur ganz kurz über das Wesen der Schuldvermutung: In diesem Fall ist der Inquisit selbst verpflichtet, durch eigene Handlungen seine Unschuld zu erweisen - es wird also seine Schuld vermutet und damit eine Verdachtsstrafe begründet. Ob die Unschuld (durch die Angeschuldigte) oder die Schuld (durch den Kläger) zu beweisen ist, ist eine entscheidende Frage: Es ist in unserem Fall leicht vorstellbar, daß es für die Ehefrau fast unmöglich ist, ihre damalige Vergewaltigung etwa ein Jahr später zu beweisen. Die durch die Anzeigen gewonnene Vermutung wird so oft zu einer *praesumptio iuris et de iure*, die die Grundlage einer Verdachtsstrafe bildet.

Allein wichtig ist nun die inhaltliche Gewißheit - der Verfasser erwähnt es nicht ausdrücklich, es ist aber ziemlich klar, daß er an die richterliche Überzeugung denkt. Der Richter ist zunächst nicht berechtigt, selbst bei mehreren bloß nahen Anzeigen eine Strafe zu verhängen, wenn ein natürlicher Beweis gänzlich fehlen sollte. Als Ausnahmefall gilt, wenn die Tatsache, auf die sich eine Anzeige gründet, an und für sich schon ein Verbrechen ausmacht, und daher eine besondere Strafe nach sich zieht. Es geht darum, daß die Gesetzgebung die Verdachtsstrafe zum materiellrechtlichen Instrument macht, und dazu einen Tatbestand kreiert. Der Autor führt - freilich nicht zufällig - die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt an, die eigentlich nur eine Anzeige für einen Kindesmord sein kann, durch die damalige Strafgesetzgebung aber allgemein zum selb-

¹⁰⁵ Der Verfasser stimmt hier mit GROLMAN überein; vgl. GROLMAN, Bibliothek, Teil I, Stück 1, S. 167 ff.

¹⁰⁶ Vgl. a.a.O. S. 94 ff.

¹⁰⁷ Zur Schuldvermutung näher das 4. Kapitel dieser Arbeit.

ständigen Verbrechen erklärt wurde.¹⁰⁸ Eisenhart billigt diesen Standpunkt nicht und beruft sich in seiner Argumentation auf das gemeine Recht: "Nach dem gemeinen peinlichen Rechte steht solches nicht zu behaupten, wenn gleich nach einem allgemeinen Gerichtsgebrauch, womit es aber immer mißlich aussieht, solches nach der Meinung einiger Criminalisten stattfinden soll."¹⁰⁹ Er grenzt sich in dieser Frage von denjenigen klar ab, die in der Pönalisierung des obigen Tatbestandes kein besonderes Problem gesehen haben.¹¹⁰

Eisenhart erwähnt in diesem Zusammenhang den Fall der pflichtwidrigen Unterlassung der Anzeige bei dem Verbrechen des Hochverrats, der "nach der gemeinen Meinung der Criminalisten" auch an sich zu strafen sei. Die unterlassene Denunziation wird nicht einfach als ein zu bestrafendes Nichttun aufgefaßt, sondern als ein Verhalten, in dem sich eine Billigung dieses Delikts offenbart, die in gewissem Sinne auch als eine Teilnahme daran interpretiert werden kann.¹¹¹ In der Beurteilung dieses Problems ist der Verfasser ziemlich vorsichtig; er sagt lediglich, daß die Gesetze im allgemeinen diese Meinung nicht unterstützen. Nur soviel sei zuzugeben, daß sie in verschiedenen Partikularrechten übernommen und bestätigt worden ist, z.B. durch eine österreichische Verordnung vom 2. Januar 1795, in deren § 4 es heißt: "Auch derjenige ist als mit-schuldig anzusehen, der einen ihm bekannten, des Hochverraths schuldigen Verbrecher der Obrigkeit anzuzeigen unterläßt, und soll daher lebenslang mit hartem Kerker bestraft werden."

Eine spezielle Möglichkeit der Verdachtsstrafe ergibt sich daraus, daß manche Verbrechen die Eigenschaft haben, Anzeigen eines anderen, noch schwereren Verbrechens zu sein ("Vorkehrungsverbrechen"). Die Frage ist, ob in diesem Fall das (erwiesene) Verbrechen, das eine solche zusätzliche Eigenschaft hat, nicht härter bestraft werden müßte? Eisenhart spürt die Gefahr der Verdachtsstrafe ganz richtig und lehnt deshalb diese Meinung ab: "Mir scheint im Allgemeinen diese Frage verneint werden zu müssen, da in der Regel Anzeigen keine solche Gewißheit hervorbringen, als die Gesetze erfordern, wenn eine Strafe stattfinden soll."¹¹² Die Argumentation ist nicht ausführlich genug, aber eindeutig.

Danach wird das Problem untersucht, welche Wirkung den Anzeigen dann

¹⁰⁸ Dazu ausführlich das 5. Kapitel dieser Arbeit. Die selbständig pönalisierte Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt gilt als Musterbeispiel dafür, inwiefern die Verdachtsstrafe in materiellrechtlicher Gestalt auftreten konnte.

¹⁰⁹ A.a.O. S. 96. Auch in diesem Zusammenhang wird GROLMAN erwähnt; Grundsätze, § 338.

¹¹⁰ Solche Autoren waren besonders: CLAPROTH, GROLMAN, TITTMANN, QUISTORP; ausführlich siehe den Punkt III/1. des 5. Kapitels dieser Arbeit.

¹¹¹ Vgl. QUISTORP, Grundsätze, § 152.

¹¹² A.a.O. S. 98. EISENHART nimmt den Fall aus, daß durch die strafbare Handlung, welche der Anzeige zugrunde liegt, die Erforschung des Uthbers des Hauptverbrechens erschwert oder vielleicht ganz unmöglich gemacht worden ist. Da rückt der Gesichtspunkt der Sicherheit des Staates in den Vordergrund, sich vor den gefährlichsten Leuten zu schützen.

beizulegen sei, wenn sie mit einem direkten oder natürlichen, aber unvollständigen Beweis zusammentreffen. Die Gesetze geben dem Richter dafür keine Richtschnur - auch die wichtigste gemeinrechtliche Rechtsquelle selbst, die PGO, hat es unterlassen, die Konkurrenz des unvollständigen, direkten Beweises mit Anzeigen ausdrücklich zu regeln.¹¹³ Sie benutzt den Begriff des *halben Beweises*, der durch die folgenden unvollständigen, direkten Beweismittel zu erreichen ist: a) Die Aussage eines klassischen Zeugen bezüglich der "Hauptsache" b) Die Aussage von wenigstens zwei nicht klassischen, jedoch auch nicht völlig verwerflichen Zeugen. Die PGO handelt zwar im Art. 63 und 64. von solchen Personen, die gar nicht zum Zeugnis zugelassen werden sollen, hingegen schweigt sie über den Wert der nicht klassischen, jedoch auch nicht ganz verwerflichen Zeugen¹¹⁴ c) Das außergerichtliche Bekenntnis der "Hauptsache", unter der Voraussetzung, daß es bestimmt und bei vorhandener Gewißheit des *corporis delicti* abgelegt ist¹¹⁵ d) Das zwar gerichtlich abgelegte, aber widerrufenes Bekenntnis der "Hauptsache", ohne daß der Inquisit Umstände darzutun vermochte, welche die Unrichtigkeit des zuerst abgelegten Bekenntnisses außer Zweifel setzen.¹¹⁶ Was die Anzeigen betrifft, legt ihnen die *Carolina* die Kraft eines halben Beweises bei, wenn sie die Eigenschaft naher Anzeigen haben. Das Problem bleibt aber immer noch offen: Ob und inwiefern der direkte, unvollständige Beweis, wenn er durch die obigen Möglichkeiten zu einem halben Beweis gebracht worden ist, durch Hinzukommen solcher Anzeigen, die ebenfalls die Kraft eines halben Beweises haben, für vollständig zu halten sei? Eisenhart behauptet, daß die allgemeine Meinung der zeitgenössischen Kriminalisten davon ausgeht, daß aus einer solcher Kombination des natürlichen und künstlichen Beweises in keinem Fall ein vollständiger Beweis entstehen könne.¹¹⁷ Seine persönliche Meinung weicht jedoch im Grunde davon ab: "Wenn der unvollständige, jedoch wenigstens zur Hälfte vorhandene, directe Beweis durch solche Anzeigen unterstützt wird, welche das mangelhafte desselben völlig ergänzen, er alsdann auch Vollständigkeit erhalte, und zur Erkennung einer peinlichen Strafe hinlänglich sey."¹¹⁸ Diese Bemerkung des Autors ist ein mutiger Durchbruch: Noch im starren Rahmen und mit den alten Begriffen der gemeinrechtlichen Denkweise versucht er doch,

¹¹³ Die PGO schreibt im Art. 64 lediglich für die Tortur als allgemeine Regel vor, daß der Inquisit wenigstens einen *halben Beweis* gegen sich haben muß, damit die "peinliche Frage" angeordnet werden kann.

¹¹⁴ Es wurde daher viel über den Wert ihrer Aussagen gestritten, indem einige Autoren ihnen ohne Unterschied die Kraft eines vollständigen Beweises absprachen, andere die Bestimmung ihres Werts dem richterlichen Ermessen überlassen, noch andere die Aussage zweier solcher der eines klassischen Zeugen, und vier oder noch mehr solcher Zeugen der Aussage von zwei klassischen Zeugen gleichwertig beurteilt haben. Vgl. QUISTORP, Grundsätze, § 706.

¹¹⁵ Siehe CCC Art. 32. Vgl. BOEHMER, *Meditationes*, bei diesem Art. § 1.; GROLMAN, Grundsätze, § 635.

¹¹⁶ Im Art. 63 und 64 der PGO geht es eigentlich um den Widerruf des unter der Tortur abgelegten Bekenntnisses. Vgl. KLEIN, *Annalen*, Bd. 16, S. 45.

¹¹⁷ Vgl. EISENHART, a.a.O. S. 103; QUISTORP, Grundsätze, § 676.

¹¹⁸ A.a.O. S. 106.

die grundsätzliche Wichtigkeit und Priorität der materiellen Gerechtigkeit im Laufe der Beweisführung und im Rechtsspruch darzulegen und bereitet damit den Boden für die freie, richterliche Beweiswürdigung vor.

Er argumentiert daneben überzeugend, daß es eigentlich auch bei den zwei klassischen Zeugen "nur" um eine *praesumptio iuris* gehe, nämlich, daß die Aussage solcher Zeugen als wahr gelten solle, weil nicht anzunehmen sei, daß zwei Personen, bei denen der Wille, die Wahrheit zu sagen, vermutet werden muß, geirrt haben, wenn sie miteinander übereinstimmen. Und dieselbe rechtliche Vermutung gilt auch für die speziellen Angaben eines einzelnen klassischen Zeugen oder mehrerer nicht klassischer Zeugen, wenn der Inhalt ihrer Aussagen durch Anzeigen in dem Maße unterstützt wird, daß dessen Gewißheit als notwendig angenommen werden muß, sobald die der Anzeige zugrunde liegende Tatsache hinlänglich erwiesen ist. "Man kann mit Sicherheit den Grad von Gewißheit annehmen, welcher nach der Absicht des Gesetzes für Wahrheit gelten soll, und hierbey muß der Richter sich beruhigen, in dessen Kräften es nicht liegt, bis zur absoluten Gewißheit der Thathandlungen, über welche er zu urtheilen hat, zu gelangen."¹¹⁹ Eine absolute Gewißheit im philosophischen Sinne ist in der Tat nicht zu erreichen - realistisch ist aber ein sehr hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, die im normalen Lauf der Dinge und nach den Regeln der Logik als Wahrheit betrachtet und von Eisenhart "rechtliche Gewißheit" genannt wird. Eine unwiderlegbare Vermutung sollte aber praktisch verboten sein, um der Gefahr der Verdachtsstrafe zu entgehen. Kurz zusammengefaßt lautet der Standpunkt des Verfassers: Allein wichtig ist die materielle Wahrheit in Bezug auf die "Hauptsache" des Verbrechens.

ad) Außerordentliche Strafen, die nicht als Verdachtsstrafen anzusehen sind

Es liegt auf der Hand, daß es einzig und allein vom Resultat des Beweises abhängt, ob gegen den Inquisiten eine Strafe zu verhängen sei oder nicht. Und die wesentlichste Frage ist dabei, ab welchem Grad der Gewißheit über die "Hauptsache" (neben der Berücksichtigung der Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten) eine Strafe zuzuerkennen ist. Die Entscheidung darüber muß das Gesetz in die Hände des Richters geben. Daher ist eine willkürliche Strafe in des Wortes eigentlicher Bedeutung ein juristisches Unding, weil der Richter sich nicht über das Gesetz erheben und keine Strafe verfügen darf, wenn die Voraussetzung nicht vorhanden ist, unter der das Gesetz gestraft wissen will - und das Gesetz darf natürlich nie erlauben, in einzelnen Fällen willkürlich (d.h. abweichend von dem von der Rechtsnorm vorgegebenen Maßstab) zu strafen. Soviel ist also klar, daß eine willkürliche Strafe in engerem Sinne völlig ungerecht ist, und sie geht auch die außerordentliche Strafe im wesentlichen nichts an.

Die Grenze zwischen der (gerechten) Strafe und der (ungerechten) Willkür ist aber bei weitem nicht eindeutig. Eisenhart erwähnt richtig, daß der Ausdruck: "willkürliche Strafe" von den zeitgenössischen Kriminalisten oft in einer anderen Bedeutung

¹¹⁹ Ebd. S. 108. Das außergerichtliche oder widerrufenes Bekenntnis wird völlig gleich beurteilt. Vgl. S. 108 ff.

benutzt wird, die der Autor "gesetzlich willkürliche Strafe" nennt.¹²⁰ Es geht hier um Verbrechen, die in so mannigfaltigen Gestalten, in so verschiedenen Graden von Gefährlichkeit oder Schädlichkeit erscheinen, daß der Gesetzgeber nur allgemein die Drohung eines Strafübels gegen sie festsetzen kann, hingegen die Art und das Maß desselben dem Ermessen des Richters (jedoch nach den allgemeinen Regeln des zu beobachtenden Verhältnisses der Strafen zu den Verbrechen) überlassen muß. Hier kann man in der Tat nicht von eigentlicher Willkür sprechen. Der Richter hat lediglich bei der Bemessung der Sanktion einen gewissen "Spielraum" - diese Methode entspricht schon völlig dem modernen Strafzumessungsvorgang.

Mit der obigen "gesetzlich willkürlichen Strafe" ist wiederum die außerordentliche Strafe nicht zu verwechseln, die irgendeine gesetzliche Bestimmung der Strafe (sei es auch nur im Hinblick auf die Qualität, ohne Rücksicht auf die Quantität) voraussetzt, von der aber aus einem besonderen rechtmäßigen Grund abgewichen werden kann. Im Verständnis von EISENHART gehört zu diesen Voraussetzungen, daß a) das Verbrechen vollendet worden, also es nicht bei dem Versuch geblieben sei, b) dasselbe vorsätzlich verübt worden sei, endlich c) der "böse Vorsatz" als eine vollständig freie Entschließung zugerechnet werden könne.¹²¹ Die Strafe, die unter diesen Bedingungen verhängt wird, heißt ordentliche Strafe. Eine außerordentliche Strafe findet aber nicht statt, wenn diese Voraussetzungen ganz oder zum Teil fehlen, wenn z.B. aller Grund wegfällt, dem Urheber des Verbrechens dasselbe zuzurechnen, so daß gar keine Bestrafung erfolgen darf. Wenn aber bei dem Angeschuldigten nicht alle Zurechnung wegfällt, oder wenn auch nicht ein "böser Vorsatz", so doch wenigstens eine *culpa* beim Urheber des Verbrechens vorliegt, so wird auf eine von der ordentlichen abweichende, mithin eine außerordentliche Strafe in der Regel erkannt. Es gibt dabei zwei Varianten: Der Fall, für den das Gesetz selbst eine besondere Strafe als Ausnahme von der Regel bestimmt hat - heißt "gesetzlich außerordentliche Strafe"; der Fall, in dem eine solche Bestimmung im Gesetz nicht erfolgt ist, und die Bestimmung der Sanktion dem Ermessen des Richters überlassen wird, heißt "willkürlich außerordentliche Strafe".

Alle bisher erwähnten Kategorien der außerordentlichen Strafe stimmen darin überein, daß dabei keine Rücksicht auf den Grad der Stärke des Beweises genommen wurde, weil sie sämtlich zur Anwendung der Strafe erfordern, daß derjenige Grad von Gewißheit im Hinblick sowohl auf das Verbrechen als auch auf seinen Urheber vorhanden sei, den das Gesetz zum vollständigen Beweis erfordert, also die "rechtliche Gewißheit". In diesen Fällen hieß die Sanktion undifferenziert außerordentliche Strafe, und man mußte dabei an eine künstliche oder zusammengesetzte, bzw. unvollständige natürliche oder einfache Beweisart denken. Man war gezwungen, auch diejenige Strafe außerordentliche Strafe zu nennen, bei der eine volle materielle Gewißheit (und darüber hinaus eine richterliche Überzeugung) vorhanden war, die formelle Vollständigkeit jedoch fehlte. So Eisen-

¹²⁰ Vgl. KLEIN, Grundsätze, S. 114 f.

¹²¹ Die Meinung von EISENHART weicht in dieser Frage vom Standpunkt FEUERBACHs ab, der bei bestimmten Strafen die Befugnis des Richters, insofern das Gesetz sie bei Bestimmung der Strafe nicht ausdrücklich einräumt, die Strafe wegen Fehlen des Vorsatzes oder wegen unvollkommener Zurechnung zu mildern, ausschließt. Vgl. FEUERBACH, Revision, Teil I, Kap. 4, S. 203.

hart: "In unendlich vielen Fällen ist bisher gegen Verbrecher, welche durch einen künstlichen oder zusammengesetzten Beweis eines Verbrechens überwiesen waren, mit recht eine außerordentliche Strafe erkannt worden, obgleich aus einem unrichtigen Grunde, indem man diesen von der Beweisart hernahm, da er doch vielmehr in der materiellen Unvollständigkeit des Beweises zu suchen gewesen wäre."¹²² Dieser Satz sollte auch umgekehrt gelten: Der Übertreter einer Rechtsnorm (eines Gesetzes) war nicht selten vor der auf sein Verbrechen vorgeschriebenen ordentlichen Strafe verschont worden, obwohl die materielle Vollständigkeit des Beweises vorhanden war; - die Ansicht des Autors dazu: "Solches nach einer meiner Meynung nach richtigen Theorie des Beweises in peinlichen Fällen nicht geschehen dürfen."¹²³ Der Verfasser sieht den Kern des Problems genau: Der Begriff der außerordentlichen Strafe ist es, der eigentlich überflüssig, sogar schädlich ist. Ordentliche Strafe - außerordentliche Strafe ist ein künstliches Begriffpaar, wobei der letztere nur als Notbehelf infolge der starren, folglich ungenügenden Beweisführung des gemeinen Rechts entstanden ist.

b) Die außerordentliche Strafe als Verdachtsstrafe

Es ist auch ein neues Element, daß die persönliche Überzeugung des Richters als wesentliches Moment im Verständnis von Eisenhart erscheint. Wie gesagt, eine absolute Gewißheit ist in der Beweisführung praktisch nicht erreichbar, aber - er meint -: "allein dieses rechtfertigt noch keinesweges den Schluß, daß, wo dieser Beweis fehle, der Richter zu Folge seiner Privatüberzeugung den Verdächtigen des Verbrechens für überführt halten könne, ungeachtet er nach der in den Gesetzen gegründeten Theorie vom Beweise sich nicht für überzeugt halten soll."¹²⁴ Der Eckstein in der Beweiswürdigung, der vom Gesetz unbedingt festgesetzt werden muß, ist der Grad der Gewißheit; der soll dem Richter als absolute Wahrheit und Richtschnur gelten, und so kann auch bei noch so großem Verdacht, der diesen Grad der Gewißheit nicht erreicht, auf keine außerordentliche Strafe erkannt werden. Das wäre nämlich in der Tat eine Verdachtsstrafe.

Eisenhart erkennt auch, daß die außerordentliche Strafe - im Sinne der Verdachtsstrafe - nach der Abschaffung der Folter eine neue "Blütezeit" gehabt hat, weil man ein Surrogat für dieses alte Beweismittel gebraucht hat, dessen "Anwendung gewissermaßen den Streit zwischen dem Gerichtsgebrauche und den ausdrücklichen Gesetzen ausgleiche."¹²⁵ Die außerordentliche Strafe ist solcherweise in einem beweisrechtlichen

¹²² A.a.O. S. 118.

¹²³ Ebd.

¹²⁴ EISENHART, Preisschrift II, S. 2. Vgl. MARXEN, S. 41 f.

¹²⁵ A.a.O. S. 3. Der Autor denkt daran, daß die Tortur nach den "ausdrücklichen gemeinen, peinlichen Gesetzen" nicht abgeschafft worden sei, und während der Anwendung der Folter eine bestimmte "Harmonie" in der Beweisführung geherrscht habe. Daß die Tortur für das Hervorbringen der Wahrheit ein untaugliches Mittel ist, ist für EISENHART keine Frage; vgl. ebd. S. 4.

Vakuum gehandhabt worden. Wenn man annimmt, daß die Tortur ein ebenso grausames wie unzweckmäßiges Mittel ist, die Wahrheit zu erforschen, so darf man sich deshalb noch nicht zum Schluß berechtigt glauben, daß wenigstens eine außerordentliche Strafe an ihre Stelle treten müsse. Vielmehr ist der Richter nur dann zu strafen berechtigt, wenn er sich zufolge der Gesetze von der Übertretung eines Strafgesetzes für überzeugt halten muß.

Eisenhart stellt sich auf die Seite derjenigen Rechtsgelehrten, die zwar als die Regel zugeben, daß bei unvollständigem Beweis auf eine außerordentliche Strafe nicht erkannt werden könne, indes bei geringeren Verbrechen, welche selbst bei vollem Beweis höchstens eine leichtere oder nur privatrechtliche Strafe nach sich ziehen würden, eine Ausnahme zulassen wollen.¹²⁶ Es gehe hier durchaus nicht um Verdachtsstrafe - die vollkommene (jedoch überwiegend subjektive) richterliche Überzeugung muß vorliegen: "Es werde aber ein so starker Verdacht zu der Zuerkennung einer solchen Strafe erfordert, daß der Richter, ohne einen Vorwurf seines Gewissens befürchten zu dürfen, dem Inquisiten mit festem Muthe ins Gesicht sagen könne, daß er der Verbrecher sey."¹²⁷

ba) Der Gesichtspunkt des "gemeinen Wesens"

Bei der Beurteilung der außerordentlichen Strafe taucht notwendigerweise als Gesichtspunkt das Interesse des Staates auf, ein Thema, das aber von Eisenhart nur kurz behandelt wird. Der Zweck des Staates ist auch nach Eisenhart die Gewährung der Sicherheit der ganzen Gesellschaft und des einzelnen Bürgers. So scheint es nötig, daß man bei vorhandener Gewißheit des *corporis delicti* und bei genügendem Verdacht wider den mutmaßlichen Urheber des Verbrechens "sich beruhigen" und diesen nicht unbestraft lassen könne. Um die außerordentliche Strafe in solchen Fällen zu rechtfertigen, führt der Autor die Meinung eines zeitgenössischen Kriminalisten namens Weismantel an, der den Rat gibt, daß der Richter bei "dringendem Verdachte" dem Herrscher über die geführte Untersuchung einen Bericht erstatte und demselben anheim gebe, eine außerordentliche Strafe *per modum privilegii odiosi* gegen den Verdächtigen zu verfügen.¹²⁸ Das Problem der außerordentlichen Strafe mit solchen kasuistischen Rechtsquellen bzw. Methoden zu lösen, liegt Eisenhart fern; er zweifelt sogar, daß die Macht des Regenten so weit auszudehnen sei, daß er einen Verdächtigen für schuldig zu erklären befugt sei. Denn der Herrscher selbst kann einer an sich dem Gesetz zuwiderlaufenden, mithin unrechtmäßigen Strafe durch ein "Privilegium" keine Rechtmäßigkeit verleihen.¹²⁹ Es wird von Eisenhart behauptet, daß eine Verdachtsstrafe auch durch eine ausdrückliche Rechtsnorm nicht zu

¹²⁶ Vgl. KLEINSCHROD, Unvollkommener Beweis, S. 28.

¹²⁷ A.a.O. S. 10. KLEINSCHROD betrachtet eine solche Strafe als *ordentliche*, weil er in Strafsachen kleiner Art annimmt, daß die aus Vermutungen entstehende Gewißheit voller Beweis sei; vgl. a.a.O. S. 28 ff.

¹²⁸ Vgl. WEISMANTEL, § 24.

¹²⁹ Vgl. KLEINSCHROD, a.a.O. § 13.

rechtfertigen ist - weil sie im wesentlichen an sich unrechtmäßig ist.

bb) Das Geschworenengericht als Lösungsmöglichkeit der Verdachtsstrafe

Danach wird das schon in dem Preisausschreiben angesprochene Institut des Geschworenengerichts als eine Möglichkeit, die außerordentliche Strafe zu vermeiden, untersucht. Der große Vorteil dieses Gerichtes scheint darin zu bestehen, daß das Gericht der Geschworenen an keine durch Gesetze bestimmte Theorie vom Beweis gebunden ist, sondern den Ausspruch nach der persönlichen Überzeugung der Richter tätigt. Als Vorbild galt dafür damals das französische Geschworenengericht, wobei - entsprechend dem angelsächsischen Gebrauch - zwölf Geschworene den Angeschuldigten einstimmig für "überwiesen", folglich für schuldig zu erklären hatten, damit das Strafgesetz zur Anwendung kommen konnte.¹³⁰ Eisenhart formuliert seine Meinung vorsichtig: Das Urteil von *zwölf* Männern scheint auf den ersten Blick von weit größerem Gewicht zu sein als das Urteil *eines* Richters, der nach den allgemeinen Regeln mit gänzlicher Hintansetzung seiner Privatüberzeugung in der Frage entscheiden muß, ob der Angeschuldigte des Verbrechens überführt ist oder nicht. Andererseits aber habe dieses Gericht auch einen erheblichen Nachteil: "Die wichtigste Bedenklichkeit, die meiner Meinung nach gegen die Einführung eines Geschworenengerichts eintritt, liegt darin, daß das von den Geschworenen nach ihrer Privatüberzeugung ausgesprochene Urtheil keiner gesetzmäßigen Prüfung fähig ist, indem es an einem allgemeinen Maaßstabe fehlt, wornach die Richtigkeit desselben ermessen werden könnte."¹³¹ Zu dieser in der Sache selbst liegenden Unvollkommenheit rechnet Eisenhart noch außerdem die zufälligen Mängel, welchen die Errichtung eines Geschworenengerichts in so reichem Maße ausgesetzt ist - es hänge viel von den Einsichten, von der Unparteilichkeit und Einbildungskraft der konkreten Personen der Geschworenen ab. Kurz: Das größte Problem ist, daß es bei diesem Gericht viel zu viel Zufälliges, "Außerrechtliches" gibt. Der größte Wert der "realexistierenden" deutschen Gerichtsverfassung sei es, daß der Richter da gebunden ist, über die Gewißheit der Tathandlungen nach bestimmten gesetzlichen Regeln zu urteilen. Die Aufgabe sei bloß, die Regeln des Beweises noch genauer und mit "völliger Deutlichkeit" zu bestimmen. Der Autor lehnt also endlich das Geschworenengericht als ein mögliches Mittel für die Lösung des Problems der außerordentlichen Strafe kategorisch ab.

c) Allgemeine Fragen der Sicherungsmittel

Es sei nun klar, daß der Richter, der bei Beurteilung "peinlicher Fälle" die Regeln einer gesetzlichen Beweistheorie zu beobachten verpflichtet ist, keinen Gesichtspunkt hat, aus

¹³⁰ Ausführlich zur zeitgenössischen französischen Kriminalverfassung KLEIN und KLEINSCHROD, in: ACrR Bd. 1(1799), Stück 4, S. 47 ff.

¹³¹ EISENHART, a.a.O. S. 18.

welchem bei der Unvollständigkeit des Beweises sich die Zuerkennung einer außerordentlichen Strafe rechtfertigen ließe. Der Verdacht ist an sich kein Grund zur Verurteilung; wenn er aber auch durch Anzeigen unterstützt wird, wird fraglich, ob der bisherige Verdacht bis zur "gesetzmäßigen Gewißheit" gebracht werden kann. Wie bekannt, ist Eisenhart der Meinung, daß es auch durch - besonders "absolut nahe" - Anzeigen möglich ist, die Schuld des Verdächtigen hinlänglich zu erweisen, d.h. einen vollständigen Beweis zu führen.

Eine andere Variante ist die, daß die Gewißheit über die Schuld des Betroffenen den Grad des vollständigen Beweises zwar nicht erreicht, der Verdächtige jedoch nach aller Wahrscheinlichkeit schuldig ist, und nur die prinzipielle Möglichkeit seiner Unschuld übrig bleibt. Das wäre der eigentliche Fall, in dem die Frage auftaucht, ob sich auch da die Wirkung des unvollkommenen Beweises bloß auf Lossprechung einschränken und damit die Sicherheit des "gemeinen Wesens" gewährleistet werden kann. Die Person, die nach allen Gründen der Wahrscheinlichkeit als der Urheber des Verbrechens angesehen werden muß, für deren Unschuld keine Gründe vorhanden sind, habe die Vermutung eines "bösen Willens" gegen sich. Soviel ist also sicher, daß dieser Verdächtige eine sehr gefährliche Person ist - es gibt also eine reale Gefahr-Situation, auf die man reagieren müsse. Eisenhart dazu: "In einem solchen Falle die Hände in den Schooß legen, und abwarten, bis der Verdächtige einmal ein Verbrechen begehe, dessen er hinlänglich überführt werden könne, um zur verdienten Strafe gezogen zu werden; kein Mittel anwenden, die Gefahr, womit das gemeine Wesen in der Person des Verdächtigen bedroht wird, zu entfernen; würde eine keinesweges zu rechtfertigende Nachlässigkeit der Regierung seyn."¹³² Der Staat habe die Aufgabe, gegen solche Leute die erforderlichen und entsprechenden Maßregeln, und zwar Sicherheitsmaßnahmen zu treffen.

ca) Der Unterschied zwischen der Strafe und dem Sicherungsmittel

Es ist unentbehrlich, die Begriffe "Strafe" und "Sicherungsmittel" voneinander abzugrenzen. Beide sind nach ihrem Zweck verschieden; die Strafe hat die Aufgabe, durch die Autorität und die Kraft eines Strafgesetzes wegen der Übertretung desselben ein ausdrückliches Übel zuzufügen. Hierauf wird bei dem Sicherungsmittel keine Rücksicht genommen, bei dessen Anwendung man es dahingestellt läßt, ob wirklich der Verdächtige die Rechtsnorm übertreten hat, oder nur die Gefahr abzuwenden sei, mit der durch die Person des Angeschuldigten die Sicherheit des Publikums wegen zu befürchtender zukünftiger Verbrechen bedroht wird.¹³³ Es ergibt sich hieraus, daß es nicht zum Zweck der Sicherungsmaßregeln gehört, dem Verdächtigen ein sinnliches Übel zuzufügen. Wenn es möglich wäre, Mittel ausfindig zu machen, die ohne jegliche Beschränkung der Freiheit

¹³² Ebd. S. 24.

¹³³ EISENHART sieht den Zweck der Strafe in der Abschreckung aller Untertanen (sic!) vor gesetzwidrigen Handlungen durch Androhung sinnlicher Übel. Er stimmt in dieser Frage vollkommen mit FEUERBACH überein; vgl. FEUERBACH, Revision, S. 67 ff.

des Verdächtigen den Staat und dessen Bürger gegen die Gefahr (womit ein solcher Mensch ihre Sicherheit bedroht) hinlänglich schützen könnten, dann würden diese vor allen anderen gewählt werden müssen. Wenn aber solche Mittel nicht vorhanden sind, so darf man auch Sanktionen anwenden, die zwar als Strafen erscheinen, aber nicht als Strafübel betrachtet werden können.¹³⁴ Bei der Bestimmung also - meint Eisenhart - kann keine Rücksicht auf die Beschaffenheit und Größe der Strafe genommen werden, zu welcher der Verdächtige bei vollständiger Überführung verurteilt werden müßte. Die Beschaffenheit und Größe der Gefahr sind einzig und allein der Maßstab, nach dem die Sicherungsmittel im Einzelfall zu bestimmen sind. Unter mehreren Sicherungsmitteln ist dasjenige zu wählen, welches am wenigsten die Freiheit der betroffenen Person einschränkt.

Strafe und Sicherungsmittel seien ferner voneinander auch nach der Wirkung zu unterscheiden. Eine überstandene Strafe befreit von weiterer Strafe wegen des nämlichen Verbrechens, obwohl es sein kann, daß der *delinquent* bei einem neuen Verbrechen kraft seiner früheren Bestrafung härter bestraft wird.¹³⁵ Das gegen den Verdächtigen angewandte Sicherheitsmittel habe hingegen nie die Wirkung, daß dadurch die Verbindlichkeit des Angeschuldigten, sich der verdienten Strafe zu unterwerfen, aufgehoben werde, wenn der gegen ihn vorhandene Verdacht durch neue Beweismittel zur "rechtmäßigen Gewißheit" gebracht werden sollte.

cb) Über die Befugnis, eine Sicherungsmaßnahme zu verfügen

Eisenhart will die Befugnis, Sicherungsmittel zu vollstrecken, der Polizei zukommen lassen; die Maßnahmen seien jedoch nicht als "Polizeyahndungen" zu betrachten, auf welche der Begriff von Strafe allerdings passe, weil diese in "Strafübeln" bestehen, die Polizeigesetze gegen die Übertreter derselben festsetzen.¹³⁶ Die Verfügung solcher Ahndungen setzt (wie jede andere Strafe) die Vollständigkeit des Beweises voraus; die Sicherungsmittel hingegen sind "bloß" Anordnungen der Polizei, um wahrscheinlichen Beleidigungen durch Verbrechen zuvorzukommen.

Eine andere wichtige Frage ist, wenn das Recht zukommt, Sicherungsmaßregeln gegen einen Verdächtigen zu verfügen. Der Autor teilt die Standpunkte der damaligen Strafrechtler in zwei Parteien auf; die eine würde den Richter, die andere die Exekutivgewalt bevorzugen. Zu der ersten Gruppe werden Böhmer und Klein gerechnet.¹³⁷ Sie meinen, daß es zum Richteramt gehöre, bei Anwendung der Gesetze darauf zu sehen, daß der Kollision zwischen ihr und dem "gemeinen Besten" vorgebeugt werde. Wenn das

¹³⁴ Vgl. ZACHARIÄ, Preisschrift, S. 38.

¹³⁵ Vgl. KLEIN, Grundsätze, § 156.

¹³⁶ Vgl. mit der Theorie der Strafgerechtigkeit in Polizeisachen von GLOBIG und HUSTER; GLOBIG/HUSTER, Abhandlung, S. 291.

¹³⁷ Vgl. BOEHMER, Observationes, Qu. 125. obs. 3.; KLEIN, in: ACrR Bd. 1(1799), Stück 2, S. 34 ff.

Recht dem Richter zugesteht, einen Angeschuldigten - je nachdem - zu verurteilen oder freizusprechen, so sei auch er es, der den Verdächtigen unter bestimmten Umständen mit einer Sicherungsmaßnahme belegt. Dagegen behaupten u.a. Leyser, Struben und Feuerbach, daß der Richter nicht befugt sei, Verfügungen zu erteilen, wo das Gesetz selbst schweigt.¹³⁸ Dem Richter bleibe nichts übrig, als die Lage der Sache nebst seinem Gutachten über die zu treffenden Sicherheitsmaßregeln an die "höchste Regierung" zu berichten und dieser anheim zu geben, was sie darauf zu verfügen für nötig erachte.

Die Meinung von Eisenhart lautet folgendermaßen: Er geht davon aus, daß sowohl die Kriminal- wie auch die Polizeigewalt aus einer und derselben Quelle entspringen, und beide seien schuldig, wenn nicht alles Mögliche getan wird, eine für die Sicherheit des Publikums wahrscheinliche Gefahr abzuwehren. Die Befugnis müßte jedoch irgendwie verteilt werden: Der Autor scheint die Polizei zu wählen. Das Problem ist allerdings komplex, das Richteramt ist damit sowieso eng verknüpft, weil eine solche Polizeibefugnis nur nach einer "peinlichen" Untersuchung und nach deren Resultate ausgeübt werden könne. Der Richter ist aus diesem Vorgang durchaus nicht auszuschließen: "Wer anders als der peinliche Richter kann und darf bestimmen" - schreibt Eisenhart -, "ob der Inquisit nur einen unvollständigen Beweis wider sich habe, in welchem Grade derselbe verdächtig sey, und ob der ihn beschwehrende Verdacht von der Beschaffenheit sey, daß er die Ergreifung von Sicherheitsmaaßregeln gegen ihn nothwendig mache?"¹³⁹ Auch der Richter wäre es, der am besten beurteilen kann, das nötige und entsprechende Sicherheitsmittel zu bestimmen. Die tatsächliche Anwendung des vom Richter erkannten Mittels würde aber der Polizei vorbehalten bleiben, und die stünde mit der "Criminalgewalt" in keiner weiteren Verbindung.

Wie zu sehen ist, versucht Eisenhart einen Kompromiß zwischen den zwei Standpunkten durchzuführen, es gelingt ihm indessen jedoch nicht, einen Widerspruch mit sich zu vermeiden. Er läßt die Befugnis zur Verfügung über ein Sicherungsmittel der Polizei zukommen, über das Wesen der Angelegenheit, über das rechtliche Problem der angestellten Untersuchung müßte jedoch naturgemäß der Richter erkennen. Man hat das Gefühl, daß auch der Autor der wirklichen Meinung ist, daß die Polizei praktisch nur die Rolle der Exekution spielen würde. Es bleibt nämlich völlig unklar, welche Befugnis die Polizei in dem Entscheidungsprozeß hat.¹⁴⁰

cc) Die Vorbedingungen der Verhängung der Sicherungsmittel

Eisenhart ist also der Überzeugung, daß die Sicherungsmaßnahmen gegen die nicht überführten, gefährlichen Verdächtigen nützlich, sogar notwendig sind, und er gibt als

¹³⁸ Vgl. LEYSER, *Meditationes*, Specimen DCXLI, Nr. 10, 11, 12; STRUBEN, Teil 2, S. 117; FEUERBACH, *Revision*, S. 334 ff.

¹³⁹ A.a.O. S. 32.

¹⁴⁰ Vgl. ebd. S. 32 ff.

Voraussetzung für die Anwendung derselben im allgemeinen an, daß sich gegen den Angeschuldigten ein dringender Verdacht aus der Untersuchung ergebe, der nur die abstrakte Möglichkeit der Unschuld übrig läßt. Es muß außerdem noch hinzukommen, daß der Verdacht von einer realen Gefahr für die gemeine Sicherheit begleitet ist. Die weiteren Bedingungen seien die folgenden:

α) Das *corpus delicti* muß völlig erwiesen sein. Solange dieses noch zweifelhaft ist, bleibt bei allem Verdacht ein Verbrechen verübt zu haben, die Gefahr noch zu entfernt. Der Schlüsselbegriff ist die *Gefahr*; diese ist zu objektivieren, um den rechtlichen Grund für das Sicherungsmittel begründen zu können. Erst wenn die Gefahr für das "gemeine Wesen" bewiesen ist, ist auch die Sicherungsmaßnahme gerechtfertigt. Und für die Objektivierung der Gefahr gibt es kein besseres Mittel als eine erwiesene Übertretung des Gesetzes.

β) Das Verbrechen, dessen der Verdächtige beschuldigt wird, soll praktisch sehr schwer - zumindest von der Art sein, daß die Besorgnis der Gefahr (die von der Seite des Verdächtigen im Fall seiner "Lossprechung" droht) auf keine andere Weise als dadurch aufgehoben werden kann, daß der Betroffene auf irgendwelche Weise eine Einschränkung seiner Freiheit erleide.

γ) Der Verdächtige muß sich nach den Untersuchungsakten erwiesenermaßen als eine Person dargestellt haben, von der die Wiederholung des begangenen oder ähnlichen Verbrechens zu befürchten ist. Dabei wird besonders die Erziehung, moralische Bildung, physische Kraft, sowie Charakter und Lebenswandel des Verdächtigen berücksichtigt.

Wenn die angeführten Erfordernisse konjunktiv vorhanden sind, sieht Eisenhart in der Anwendung einer Sicherungsmaßnahme, die zumindest formell, meistens aber auch eine wirkliche Beschränkung der persönlichen Freiheit des Angeschuldigten sein soll, überhaupt kein Problem. Spezielle Bestimmungen für die Anwendung der Sicherheitsmittel in den einzelnen Fällen zu geben, hält Eisenhart nicht für möglich, weil dabei auf den Grad der Zurechnung keine Rücksicht genommen werden kann, sondern alles von der Wahrscheinlichkeit und der Größe der Gefahr abhängt - kurz: Die Situation sei viel zu individuell. Der Autor lehnt ferner den Standpunkt ab, daß der Grad der Unvollständigkeit des Beweises zum Maßstab des anzuwendenden Sicherheitsmittels dienen könnte. Er betont, daß beim Bestimmen des Sicherungsmittels anderen Umständen, wie den Eigenschaften, Fähigkeiten und besonders dem Charakter des Verdächtigen, eine wesentlich größere Aufmerksamkeit gewidmet werden muß.

d) Die einzelnen Sicherungsmaßnahmen

Der Autor stellt bei den empfohlenen Sicherungsmitteln ein vierstufiges System auf - von den milderen zu den schärferen. Die Wahl eines dieser vorgeschlagenen Mittel dürfe nicht willkürlich sein, sondern müsse nach dem Grad der von der Person des Verdächtigen zu befürchtenden Gefahr bestimmt werden.¹⁴¹

¹⁴¹ Jedes einzelne dieser Mittel ist wieder vielfacher Abstufungen fähig, bei deren Festsetzung dem Ermessen des Richters nach den jeweils vorkommenden Umständen breiter Raum bleiben müsse. Vgl. ebd. S. 37 f.

da) Erster Grad: Kautio

Das mildeste Sicherheitsmittel, das am wenigsten die äußere Freiheit des Verdächtigen beeinträchtigt, sei die demselben auferlegte "Bestellung" einer Kautio aus seinem Vermögen.¹⁴² Der Natur der Sache nach entsteht bei dieser Maßnahme eine erhebliche Schwierigkeit: Da sie voraussetzt, daß der Verdächtige Vermögen besitze, so wird der entgegengesetzte Umstand sie unbrauchbar machen. Zweckmäßig würde aber dieses Mittel für solche Fälle sein, in denen der Verdacht in einem Verbrechen seinen Grund hat, dessen Quelle in einem aus Gewinnsucht unternommenen Betrug zu suchen ist. Eisenhart hält dieses Mittel für außerordentlich nützlich und geschickt: "Die Vermögens-Cautio leistet einen zwiefachen Nutzen, indem sie erstlich auf den Fall, wenn der Verdächtige künftig andere durch Betrug in Schaden setzen sollte, es nicht an einem Gegenstande fehlen läßt, woran der Betrogene sich erholen kann, und zweytens in dem Habsüchtigen die Vorstellung eines Verlustes an dem, was er schon besitzt, lebhaft erhält, wenn er sich durch Betrug fremder Habe bemächtige, und dadurch wirksam wird, in ihm den Gedanken, andere zu betrügen, im ersten Keime zu ersticken."¹⁴³

db) Zweiter Grad: Polizeiaufsicht

Das zweite Sicherungsmittel sei für den Verdächtigen schon wesentlich belastender, weil es ihn einer besonderen Aufsicht der Polizei seines Wohnortes unterwirft. Diese Maßnahme würde nur anwendbar sein, wenn man annehmen kann, daß Umstände vorhanden sind, die für den Verdächtigen ein wichtiges Interesse begründen, an seinem bisherigen Wohnort zu bleiben.¹⁴⁴ Gegen Personen aber, die an eine "herumschweifende" Lebensart gewöhnt sind (kein bestimmtes Gewerbe betreiben usw.), wäre wenig oder gar keine Sicherheit mit diesem Mittel erreichen lassen. In Ansehung der Anwendung dieses Mittels selbst würde die Rolle der Polizeiobrigkeit darin bestehen, vom Verdächtigen von Zeit zu Zeit über seinen Vermögenszustand eine Rechenschaft abzufordern. Die Polizei sollte es außerdem nicht verabsäumen, bei solchen Personen, die von den Umständen und der Lebensart des Verdächtigen Wissen haben können, darüber öfters Erkundigungen einzuziehen, und im Fall, daß die Resultate dieser Untersuchungen und Nachforschungen nicht vorteilhaft für den Verdächtigen ausfallen sollten, ihn mit strengeren Maßregeln zu bedrohen bzw. zu belegen.¹⁴⁵ Übrigens sollte die Freiheit des Verdächtigen nicht beschränkt werden, er dürfte sein bisheriges (erlaubtes) Gewerbe fortsetzen.

¹⁴² Vgl. ZACHARIÄ, Preisschrift, S. 32 f.

¹⁴³ A.a.O. S. 38.

¹⁴⁴ EISENHART denkt an einen solchen Fall, daß der Angeschuldigte z.B. mit erheblichem unbeweglichen Vermögen begütert ist; oder er betreibt ein Gewerbe, welches ihm sein notwendiges Auskommen sichert. Vgl. a.a.O. S. 39.

¹⁴⁵ Z.B. Verurteilung zu Zwangsarbeiten; vgl. ebd. S. 40.

dc) Dritter Grad: Verhaftung des Verdächtigen

Unter den vorgeschlagenen Mitteln scheint das strengste die Verhaftung des Verdächtigen zu sein. Weil es dabei um den gänzlichen Verlust der persönlichen Freiheit geht, muß besonders vorsichtig gehandelt werden. Eisenhart stellt sich das folgendermaßen vor: "Für den Richter muß es daher Pflicht seyn, nicht anders auf Verhaftung des Verdächtigen zu erkennen, als wenn das Verbrechen, worauf der Verdacht sich gegen letztern gründet, von der Beschaffenheit ist, daß dadurch entweder unmittelbar die bürgerliche Gesellschaft oder der Staat, oder solche Rechte des einzelnen Bürgers, die an sich keines Ersatzes fähig sind, verletzt oder auf eine höchst gefährliche Weise bedroht worden sind."¹⁴⁶

Wie die konkrete Situation, der Lebensumstand des "Verurteilten" aussähe, verrät der Verfasser kaum. So bleibt unklar, in welcher Anstalt er die Inhaftierung vollstrecken würde - man hat das Gefühl, daß an ein Arbeitshaus oder etwas ähnliches gedacht ist.¹⁴⁷ Der Gefangene werde zu Arbeiten angehalten, aber die Polizei - die seine Aufsicht leistet - sollte ihn mit Arbeiten verschonen, die seinen Kräften nicht angemessen sind. Dem Inhaftierten dürfte sein Lohn - abgesehen von seinen Unterhaltungskosten - nicht vor-
enthalten werden.¹⁴⁸ Es ginge also um eine bezahlte Zwangsarbeit.

dd) Vierter Grad: Orts- bzw. Landesverweisung

Dieser Grad der Sicherungsmittel ist nicht unbedingt der schärfste; er kann sogar in bestimmten Fällen als ausgesprochen mild angesehen werden. Auch Eisenhart selbst ist skeptisch: "Bloße Verweisungen sind indeß mit mancherley Nachtheilen verknüpft, welche deren Anwendung bedenklich machen, indem sie theils benachbarte Länder oder Gerichtsbezirke der Gefahr aussetzen, wovon der Richter, welcher sie verfügt, seinen Staat oder Gerichtsbezirk zu befreien sucht; theils leisten sie selbst dem Lande oder Districte, woraus der Verdächtige verwiesen worden ist, eine zu unvollkommene Sicherheit, weil eine heimliche Rückkehr, wenigstens auf so lange Zeit, als zur Ausführung eines Verbrechens hinreichend ist, dadurch nicht leicht unmöglich gemacht wird."¹⁴⁹ Zu diesen Bedenklichkeiten kann außerdem der Umstand gerechnet werden, daß dieses Sicherungsmittel zur Verschlimmerung der Moralität des Verwiesenen beiträgt, indem es Gelegenheit gibt, ihn zu einem "Landstreicher" zu machen.

Der Autor denkt aber tatsächlich an die sog. "Konfination", bei der man dem Verwiesenen einen Platz zu seinem künftigen Aufenthalt anweist, und ihn einer besonde-

¹⁴⁶ A.a.O. S. 42. Der Autor denkt an Verbrechen, wie Hochverrat, Landesverräterei, Aufruhr, Brandstiftung, Mord, Raub u.a.m.

¹⁴⁷ EISENHART spricht bloß über eine gewisse "öffentliche Arbeitsanstalt", ohne näheres zu sagen. Vgl. a.a.O. S. 42.

¹⁴⁸ Vgl. GLOBIG, Betrachtung, S. 56 f.

¹⁴⁹ Ebd. S. 43.

ren Aufsicht der Polizei unterstellt.¹⁵⁰ Dieses Sicherungsmittel würde vorzüglich seinem Endzweck entsprechen, wenn der Staat in der Lage wäre, dem Verdächtigen einen Aufenthalt zuzuweisen, woraus eine heimliche Entfernung unmöglich wäre und der Betroffene durch Arbeit seinen Unterhalt verdienen könnte. Der Autor hielte eine Festung zum Aufenthalt des Verdächtigen für tauglich; es sieht also so aus, als bestehe der einzige Unterschied zwischen dem dritten und vierten Grad darin, daß der Verbannte sich in einem "Arbeitshaus" aufhalten müßte, das fern von seinem Wohnort liegt. Flöhe der Verdächtige aber aus der Festung, so könnte er sodann wegen seines Ungehorsams mit Gefängnis bestraft werden.

e) Die Dauer der Sicherungsmaßnahme

Eisenhart beantwortet diese Frage verblüffend einfach: Die Sicherungsmaßnahme solle so lange dauern, wie von dem Verdächtigen eine Gefahr zu befürchten ist.¹⁵¹ Im Feld der Strafe (in engerem Sinne) ist eine Sanktion mit unbestimmter Dauer als ein Zeichen der Gnadenlosigkeit und eine Möglichkeit für die totale Willkür anzusehen. Da es aber hier eigentlich nicht um Strafe, sondern "bloß" um Sicherungsmittel geht, ist es für Eisenhart unproblematisch, die Sanktion ohne Einschränkung zu bestimmen. Wann die Maßnahme beendet werden soll, wird nach den folgenden Kriterien entschieden:

α) Wenn die Unschuld des Verdächtigen an dem Verbrechen, in bezug auf welches der dringende Verdacht auf ihn gefallen war, ans Licht kommen sollte. Durch die entdeckte Unschuld wird der Grund einer befürchteten Gefahr, die ein Sicherungsmittel rechtfertigen konnte, nicht bloß geschwächt, sondern völlig aufgehoben. Der Autor schweigt aber z.B. darüber, wem die Pflicht obliegt, die (eventuelle) Unschuld des Verdächtigen zu erforschen. Vermutlich dem Angeschuldigten (und seinen Angehörigen), was aber zweifach bedenklich wäre: Erstens, weil der Verdächtige etwa in einer Festung eingesperrt ist, so daß er keinerlei Möglichkeit hat, Beweise für seine Unschuld zu beschaffen. Zweitens, weil diese Auffassung eine klare Erscheinungsform der Schuldvermutung ist.

β) Die Anwendung des Sicherheitsmittels fällt ferner weg, wenn eine solche moralische Besserung von dem Verdächtigen anzunehmen ist, daß die Verübung weiterer Verbrechen in der Zukunft mit großer Wahrscheinlichkeit von ihm nicht zu befürchten ist.¹⁵² Dabei können natürlich nur Verbrechen in Frage kommen, durch welche er sich

¹⁵⁰ Vgl. KLEINSCHROD, Grundbegriffe, S. 44 ff. Es ist zu bemerken, daß EISENHART die Möglichkeit der tatsächlichen Landesverweisung nicht völlig verwirft. Siehe a.a.O. S. 45.

¹⁵¹ Vgl. KLEIN/KLEINSCHROD, ACrR Bd. 1(1799), St. 2, S. 37.

¹⁵² EISENHART führt das folgende Beispiel an: "Der Verdacht war durch wahrscheinliche vom Inquisiten geschehene Verübung eines Verbrechens begründet, dessen Quelle in der lüderlichen Lebensart des Inquisiten gesucht werden mußte; dieser aber, nachdem er unter öffentliche besondere Polizeyaufsicht genommen worden ist, läßt seit geraumer Zeit keine Spuren seiner vorigen Lebensart mehr von sich blicken, indem er ein fleißiger
(Fortsetzung...)

verdächtig gemacht hatte. Um die tatsächliche Besserung des Verdächtigen festzustellen, sei es nicht hinreichend, daß er keine widerrechtlichen Handlungen verübe, sondern es müssen von ihm positive Handlungen bekannt sein, die eine gebesserte Gesinnung offenbaren. Eisenhart läßt die Frage unbeantwortet, wem das Recht zusteht, die Sicherungsmittel aufzuheben. Er spricht nur von einem "scharfsichtigen und geschickten Beobachter". Aber: Wer solle er sein? Gehöre er vielleicht zur Polizei? Entscheide er ganz allein über das Ende der Sicherungsmaßnahme, oder fertige er nur einen Bericht an? - viele Fragen, keine Antwort.¹⁵³

γ) Drittens könne endlich eine physische Veränderung, welche mit der Person des Verdächtigen vorgegangen ist, die Aufhebung der bisher angewandten Sicherungsmittels fordern. Hier geht es eigentlich um außerordentliche Umstände: Alter, Krankheiten und andere Zufälle können die körperlichen, seelischen Kräfte in einem solchen Grad schädigen, daß es praktisch unmöglich wird, Verbrechen (der Art, deren der Angeschuldigte sich verdächtig gemacht hatte) künftig zu begehen.¹⁵⁴

Sodann behandelt der Verfasser das Problem, ob nach der gesetzlich vorgeschriebenen Verjährungszeit des Verbrechens, dessen der Betroffene beschuldigt worden war, die Sicherungsmaßnahme automatisch aufgehoben werden sollte. Er ist skeptisch gegenüber diesem Standpunkt. Er verneint, daß der Hauptgrund der Verjährung in "peinlichen" Fällen in der präsumierten Besserung des Verbrechers besteht - vielmehr liege dieser teils in der Schwierigkeit, die der Beweis einer Tat nach Ablauf von z.B. 20 Jahren mit sich führt, teils darin, daß man dadurch der Rachsucht der Ankläger Schranken zu setzen sucht.¹⁵⁵ Eisenhart ist der festen Meinung, daß der Verdächtige erst von der Sicherungsmaßnahme befreit werden kann, wenn genug Zeichen für seine Besserung vorhanden sind. Die bloße "Unterlassung" des Angeschuldigten während eines bestimmten Zeitraums gibt an und für sich keinen Grund ab, aus dem auf Besserung geschlossen werden könnte, und folglich reicht diese auch nicht hin, das Publikum vor dem Verdächtigen zu sichern. *Gefahr und Besserung*: Dies sind die zwei Hauptbegriffe des Autors für die Sicherungsmaßnahmen. So elastisch und relativ der Inhalt derselben ist, so ist auch der Zeitpunkt ihrer Aufhebung für ihn nicht exakt zu bestimmen. Es ist allerdings ein konsequenter Gedankengang.

Zum Schluß stellt sich die wichtige Frage, wie sich der Staat im Fall der Aufhebung des Sicherungsmittels zu verhalten habe. Es geht darum, daß die Vermögensumstände des Verdächtigen - vornehmlich bei der Entziehung seiner äußeren Freiheit,

¹⁵²(...Fortsetzung)

Arbeiter geworden ist, den Trunk, das Spiel, böse Gesellschaften vermeidet, und im Gegentheile seine Pflichten als Hausvater und Bürger mit Treue erfüllt." A.a.O. S. 50.

¹⁵³ Vgl. a.a.O. S. 51.

¹⁵⁴ Die Zerrüttung der Verstandeskräfte des Verdächtigen wird von EISENHART als vornehmlicher Anlaß, die Sicherungsmittel aufzuheben. Vgl. ebd. S. 52.

¹⁵⁵ Vgl. BOEHMER, *Observationes*, Qu. 141, obs. 1; KLEINSCHROD, *Grundbegriffe*, Teil 2, § 102; GROL-MAN, *Grundsätze*, § 696.

Bewegungs- bzw. Handelsfreiheit - in einem hohen Grad vernachlässigt worden sind. Hier erscheint eine Lücke, die kompensiert werden müßte, weil dieser Nachteil nicht die Folge eines "Strafübels" ist, sondern bloß die Wirkung einer Sicherungsmaßnahme. Demgemäß macht es Eisenhart dem Staat zur Pflicht, den Verdächtigen zu entschädigen. Es gebe aber bei der Entschädigung - wie oben bei der Festsetzung der Dauer der Sicherungsmaßnahmen - drei verschiedene Grundfälle, nämlich:

α) Der Grund für die Beendigung der Anwendung des Sicherungsmittels besteht darin, daß die Unschuld des Inquisiten erkannt worden ist. "In diesem Falle wird der höchste Grad von Verbindlichkeit für den Staat eintreten" - schreibt Eisenhart -, "diejenigen Nachtheile, welche die gegen den bisher Verdächtigen angewandten Maßregeln diesem zugezogen hatten, zu entfernen. Er hat nicht bloß dafür zu sorgen, daß der unschuldig befundene Verbrecher (sic!) künftig seinen nothdürftigen Unterhalt finde, sondern er muß ihn auch wegen des immittelst durch Einschränkung seiner Freyheit erlittenen Verlusts entschädigen."¹⁵⁶ Also: neben dem *damnum emergens* hätte auch das *lucrum cessans* erstattet werden müssen. Der Ehre des unschuldig Gefangenen müßte durch eine öffentliche Erklärung seiner Unschuld eine Genugtuung geleistet werden.

β) Ist zweitens die Besserung der Grund der Aufhebung der Sicherungsmaßnahme, so sei der Staat nur verpflichtet, den Befreiten insoweit zu unterstützen, daß er sich selbst sein ehrliches Auskommen zu verschaffen vermag. Die Ursache ist klar: Es ist nicht erwiesen worden, daß der Verdächtige das betreffende Verbrechen nicht begangen habe.

γ) Der dritte Fall ist, daß das physische Unvermögen des Verdächtigen (weitere Verbrechen zu begehen) der Beweggrund dafür ist, die verfügte Einschränkung zu beenden. Der Betroffene habe dann nur das Recht, die "Wohltat" der öffentlichen Armenpflege zu genießen. Eine eigentliche Entschädigung des Angeschuldigten könnte hier auch nicht in Frage kommen, "weil die Veranlassung seiner Befreyung nicht Handlungen, welche als Verdienst dem Verdächtigen anzurechnen sind, sondern dem bloßen Zufalle zugeschrieben werden muß."¹⁵⁷

Soweit die Abhandlung von Eisenhart, die ziemlich umfangreich (und stellenweise umständlich), auch nicht ohne Widersprüche, der Preisverleihung jedoch würdig gewesen ist.

5. Bemerkungen der Redaktion des Archiv des Criminalrechts zur Preisschrift von Eisenhart

Es wird vor allen Dingen festgehalten, daß die außerordentliche Strafe (im Sinne der Verdachtsstrafe) für den Inquisiten durchaus ungerecht ist: "wenn er schuldig ist, zu

¹⁵⁶ A.a.O. S. 60 f. Dieser Fall hat große Ähnlichkeit mit dem, daß die Unschuld eines Bestraften entdeckt worden ist. Über die dann zu leistende Genugtuung siehe GLOBIG/HUSTER, Abhandlung, S. 509.

¹⁵⁷ A.a.O. S. 62 f.

wenig, und wenn er unschuldig ist, mit Unrecht bestraft wird.¹⁵⁸ Wie im Preisausschreiben bereits angedeutet, war das Geschworenengericht als ein(zig)e Lösungsmöglichkeit für das bekannte Dilemma von Klein empfohlen worden.¹⁵⁹ Jetzt ist er der Meinung, daß auch dieses Institut keine gute Lösung bietet; der Schwerpunkt wird in seiner Argumentation darauf gelegt, daß die Geschworenen einfach unfähig sind, ein objektives, d.h. unparteiliches Urteil zu fällen. Sie seien nämlich nicht in der Lage, sich gegen die angenehmen oder widrigen Eindrücke hinlänglich zu verwahren. Dazu kommt noch der Gesichtspunkt, daß diese "Laien" in Kriminalsachen weniger geübt und auch weniger der Gesetze kundig sind. Das Urteil eines Berufsrichters wird deshalb für objektiver und zuverlässiger erklärt als das von zwölf "Zivilisten".

Was den beweisrechtlichen Kern des Problems angeht, übernimmt Klein die Theorie von Eisenhart über die formellen und materiellen Beweise völlig. Er stimmt damit vollkommen überein, daß bloß eine formelle Vollständigkeit des Beweises für die moderne Strafrechtspflege nicht mehr genügend ist.¹⁶⁰ In diesem Sinne bejaht auch er ausdrücklich die außerordentliche Strafe, wenn sie als Sicherungsmittel eingesetzt wird.

Sicherungsmaßnahme werden also auch von Klein akzeptiert. Daß jemand aber auf bloßen Verdacht zu verurteilen sei, auch wenn es "nur" um Sicherungsmittel geht, erscheint ihm zu willkürlich. Deshalb sucht Klein für die Verhängung einen gesichert(er)en Ausgangspunkt: Er würde von der Seite des Verdächtigen eine "eigne Schuld" fordern. Dabei kommen solche (erwiesenen) Handlungen in Frage, welche den Angeschuldigten als einen Menschen darstellen, dem man die Tat wohl zutrauen kann. Der Charakter und die Lebensart gelten hier als entscheidendes Moment. Die Sicherheitsmaßnahme ist zu rechtfertigen, "wenn jemand durch einen lange fortgesetzten lüderlichen Müßiggang und durch oftmalige Verletzung seiner Bürgerpflichten einen durch die übrigen Umstände unterstützten Verdacht gegen sich erregt hat."¹⁶¹ Auch Klein unterscheidet zwischen milderer und schärferer Sicherungsmitteln - hier wird ein Beispiel nur für das letztere erwähnt, nämlich die Arrestierung des Verdächtigen, wofür die obige "eigene Verschuldung" notwendig sei.

Der Verlust der persönlichen Freiheit ist auch für Klein die entscheidende Maßnahme, die wirklich ernst genommen werden muß. Solange diese nicht oder nur

¹⁵⁸ KLEIN, Anmerkungen, S. 64. Die Formulierung dieser Bemerkungen stammt von Ernst Ferdinand KLEIN.

¹⁵⁹ Obwohl nicht mit voller Überzeugung, hat KLEIN doch eine zeitlang den Standpunkt vertreten, daß durch die Einführung des Geschworenengerichts die Verdachtsstrafe vermieden werden könnte. Vgl. Annalen, Teil 2, S. 167.

¹⁶⁰ In der Interpretation von KLEIN wird das Interesse des Publikums hervorgehoben, weil bei dieser Maxime zu viel an dem "gemeinen Wesen" gefährliche Angeschuldigte freigesprochen werden müßten: "Diese Folge wird für den Staat um so gefährlicher, je mehr sich mit der wachsenden Aufklärung auch die kenntniß der Gesetze verbreitet, und man muß alsdenn sehr bald dahin kommen, daß man entweder mit Beyseitsetzung der Gesetze willkürlich verfährt, oder sich genöthigt sieht, die öffentliche Sicherheit den allerschlauesten und verwegenen Bösewichtern preis zu geben, indessen der ehrliche Verbrecher zum Märtyrer seiner Ehrlichkeit wird." A.a.O. S. 66.

¹⁶¹ Ebd. S. 71. Vgl. Annalen, Teil 8, S. 25.

wenig eingeschränkt wird, macht sie keine besondere Sorge. An Strafe denkt man erst, wenn die Bewegungs- und Handlungsfreiheit gehemmt wird - das ist also der Fall der Verdachtsstrafe. Es sollte aber die Verdachtsstrafe gerade vermieden werden. Man versucht deshalb, solche strengeren Sicherungsmaßnahmen möglichst zu objektivieren und zu erklären, daß es hier eigentlich nicht um Strafe geht. Es gelang nicht - meint Klein -, gegen die Verdachtsstrafe ein wirklich taugliches "Mittel" zu finden.

6. Das Gutachten von Kirchseisen über die Preisschriften und eine Antwort von Klein darauf

Um in der Problematik der Verdachtsstrafe einen bestimmten Standpunkt zu gewinnen, ist es für Kirchseisen (der der Vorsitzende der "Kampfrichter" war) vor allen Dingen wesentlich, den Unterschied zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Strafe zu fixieren und den Begriff der außerordentlichen Strafe näher zu definieren. Die Bestimmung der ordentlichen Strafe erfolgt ganz "traditionell"¹⁶², in den Begriff der außerordentlichen Strafe nimmt er aber sowohl den materiellrechtlichen wie auch den prozeßrechtlichen Aspekt hinein: "Fehlet eine von den Bedingungen, welche der Gesetzgeber bey Bestimmung der Strafe vorausgesetzt hat, oder die Gewißheit der That ist nicht vollständig dargethan: so tritt die außerordentliche Strafe ein. Wir haben also schon zwei Hauptgründe, die uns verpflichten, eine außerordentliche Strafe zu wählen, einmal die Unvollständigkeit des Strafgesetzes für den vorliegenden Fall, anderntheils die Unvollständigkeit der juristischen Gewißheit der Beschuldigung."¹⁶³ Die außerordentliche Strafe gilt für ihn als eine vollkommen selbstverständliche Art von Strafe; Kirchseisen würde sogar die außerordentliche Todesstrafe für gerechtfertigt halten!¹⁶⁴ Der Maßstab, nach welchem sich diese außerordentliche Strafe (hier im materiellrechtlichen Sinne) richten muß, besteht in der Zahl oder in der Wichtigkeit der fehlenden Bedingungen der ordentlichen Strafe. Als Beispiel wird - was nicht überrascht - das Verbrechen der Kindestötung genannt, und zwar in der Variante, daß die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als Tatbestandselemente betrachtet werden. Wenn ein Moment fehlt - meint Kirchseisen -, erfolgt sowieso eine außerordentliche Strafe; bezüglich des Gewichtes der Sanktion ist nur zu beachten, ob es an einem wichtigen oder unwichtigen Moment mangelt.

¹⁶² "Wenn die zu bestrafende Rechtsverletzung unter allen von dem Gesetzgeber vorausgesetzten Bedingungen ausgeübt, und zur Evidenz des erkennenden Richters gebracht ist, so heißt das Uebel, welches dem Angeklagten auferlegt wird, die ordentliche Strafe." KIRCHSEISEN/KLEIN, S. 117 f. Diese Formulierung scheint die materielle Vollständigkeit des Beweises als Maßstab anzuerkennen.

¹⁶³ Ebd. S. 118. Die willkürliche Strafe habe mit der außerordentlichen Strafe überhaupt nichts zu tun; KIRCHSEISEN bezieht sich auf das ALR, in dessen Begriffsgebrauch sich die willkürliche Strafe auf solche geringen Vergehen bezieht, welche das Gesetz im allgemeinen als solche charakterisiert, jedoch nur pauschal mit einer Strafe bedroht. Vgl. ALR Teil II, Tit. 20, § 1264. Die Schranken für das richterliche Ermessen sind verhältnismäßig eng; vgl. ebd. § 35.

¹⁶⁴ Siehe ebd. S. 119. Vgl. KLEIN, Grundsätze, S. 109. (§ 79); ALR a.a.O. § 34. KIRCHSEISEN behauptet, daß das ALR (a.a.O. § 33) unter einer außerordentlichen Strafe nur die Strafe fahrlässiger Verbrechen verstehe.

Es sei unstreitig der schwierigere Fall der außerordentlichen Strafe, daß die "juristische Gewißheit der Beschuldigung" fehlt, also die Situation der Verdachtsstrafe entsteht. Das Problem wird von ihm dahingehend formuliert, "ob in Ermangelung einer vollständigen Ausmittlung der Beschuldigung der Angeklagte außerordentlich gestraft, oder von der Instanz losgesprochen werden müsse."¹⁶⁵ Den Unterschied sieht der Autor darin, ob ein (unvollständiger) Beweis oder nur Indizien gegen den Inquisit vorhanden sind. Im ersten Fall sei die außerordentliche Strafe erlaubt, im letzteren könne die *absolutio ab instantia* erfolgen. Der Beweis ist bei ihm dem Indiz sowieso übergeordnet, jedoch nicht im materiellen, eigentlichen Sinne, sondern bloß formell. Mehrere, einander ergänzende "unvollständige" Beweise können zwar eine feste Überzeugung von der Schuld des Verdächtigen im Richter bilden, der aber dennoch nur eine außerordentliche Strafe verhängen dürfe.

Den Streit, ob eine Sicherungsmaßnahme erlaubt ist oder nicht, behandelt Kirch-eisen praktisch nicht; das ALR schreibt nämlich ihre Anwendung in bestimmten Fällen sogar ausdrücklich vor.¹⁶⁶ Das Sicherungsmittel - das hier als eine eigenständige Art von Verdachtsstrafe erscheint - kann im ALR erst nach einer ausgestandener Strafe verhängt werden, wenn es der Charakter und bestimmte Umstände des Verbrechers begründen.¹⁶⁷

Ernst Ferdinand Klein reagierte - von der Seite der Redaktion her - auf die Schrift von Kirch-eisen sehr höflich, jedoch kritisch. Die Auseinandersetzung ist zwischen ihnen umso interessanter, als der eine der Präsident des höchsten deutschen Gerichtes (Kirch-eisen), der andere der eigentliche Verfasser des einschlägigen Titels des Gesetzbuches gewesen ist, um dessen Bestimmungen es hier geht. Klein bestreitet vor allen Dingen, daß das ALR unter dem Begriff der außerordentlichen Strafe nur die fahrlässigen Verbrechen verstehe. Aus der Definition der ordentlichen Strafe: "Die im Gesetze bestimmte Strafe eines Verbrechens heißt die ordentliche; und trifft in der Regel nur den, welcher das Verbrechen vorsätzlich begangen hat." (a.a.O. § 31) folgt nicht, daß alle fahrlässigen Verbrechen durch außerordentliche Strafe bestraft werden müßten, weil der zweite Satz in dem angeführten Paragraphen ein ganz neuer Satz sei. Zu diesem Fall zieht er auch die §§ 39 und 40 heran, in denen es um den vollendeten, aber erfolglosen Versuch geht - da, wo der Vorsatz freilich vorhanden ist, müßte auch eine außerordentliche Strafe eintreten.¹⁶⁸

Was den Unterschied zwischen Anzeigen und unvollständigen Beweisen betrifft

¹⁶⁵ A.a.O. S. 121. Wenn nur ein unvollständiger Beweis vorhanden, jedoch das *corpus delicti* erwiesen ist, hält KIRCHEISEN die Unschuld des Verdächtigen moralisch für unmöglich, folglich eine außerordentliche Strafe für durchaus rechtens.

¹⁶⁶ Vgl. ALR a.a.O. §§ 5, 1160 und 1534.

¹⁶⁷ So formuliert KIRCHEISEN: "Unsere Richter erkennen darüber, ob der Angeklagte ein solches Subjekt sey, von welchem sich außer denjenigen, für deren Begehung er eigentlich gestraft wird, solche künftig zu begehende Verbrechen erwarten lassen, die den Staat berechnen, das eigentliche Präventionsrecht auszuüben." A.a.O. S. 126.

¹⁶⁸ Vgl. ebd. S. 128 ff.

verneint Klein die moralische Gewißheit über die Schuld des Verdächtigen, der gegen sich bloß eine Zeugenaussage hat und das Vorhandensein des *corpus delicti*. Er bevorzugt die kongruenten Indizien: "Die Verbindung mehrerer dringenden Anzeigen bey mir eine ungleich größere Ueberzeugung wirken würde."¹⁶⁹ Das Bekenntnis eines einzigen Zeugen - als der typische Fall für den unvollständigen Beweis - sei durchaus unbestimmt, sehr leicht zu relativieren, sogar zu widerlegen.

Im Zusammenhang mit den Sicherungsmaßnahmen ist Klein übrigens ein entschiedener Anhänger der Besserung der Verbrecher, die das Gesetz oft bloß übertreten, weil sie keine bürgerlichen Gewerbe haben: "Ein Dieb, welcher deßwegen, weil er nichts gelernt hatte, wovon er sich ernähren konnte, zum Diebshandwerk seine Zuflucht nahm, hat den Reiz, dieses Handwerk von neuem zu ergreifen, verloren, sobald er irgend ein Gewerbe erlernt hat, welches ihm hinlänglichen Unterhalt verschafft."¹⁷⁰ Er würde Aufsehern der "Besserungsanstalten" sogar das Recht geben, die Eingesperrten zeitweise zu beurlauben.

Zu der außerordentlichen Strafe rechnet Klein "nur" die Fälle, wo nicht alle Bedingungen des Strafgesetzes eintreten. Die Sicherheitsmittel gelten als selbstverständlich, werden aber in einer völlig anderen Interpretation aufgefaßt, als sie in dem Preisausschreiben erörtert worden sind.

7. Anmerkungen zu den Preisschriften

Die in diesem Kapitel abgehandelten Preisschriften haben das Phänomen widerspiegelt, inwieweit die außerordentliche Strafe (im Sinne der Verdachtsstrafe) in den verschiedensten Auffassungen zur damaligen Zeit erschienen ist. Die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert - der Zeitpunkt des Preisausschreibens - ist die Zeit des epochalen Übergangs gewesen, als die gemeinrechtliche Denkweise bereits gescheitert, die moderne, rechtsstaatliche Art aber ihre neuen Sätze, Rechtsnormen und Praxis noch nicht ausgebildet hatte. Eine solche "sanfte Revolution" des Rechts war natürlich unvorstellbar ohne Kompromisse, Ungewißheiten, sogar Widersprüche - oft in demselben System. Die Verdachtsstrafe als im wesentlichen beweisrechtliches Problem illustriert diese Situation.

Die einzelnen Meinungen unterscheiden sich voneinander oft in der Beurteilung der außerordentlichen Strafe; weder wurde der Begriff allgemein einheitlich gebraucht, noch war ihr Verhältnis zur ordentlichen Strafe und zu den Sicherungsmitteln unstrittig. In zwei Fragen sind aber die Verfasser vollkommen einig:

a) Daß dem Staat ein Präventionsrecht zusteht, sich und seine Bürger durch Sicherungsmaßnahmen vor den "gefährlichen und verdächtigen" Leuten zu schützen. Die Sicherungsmittel sind also - in den verschiedensten Formen - allgemein anerkannt.

b) Die Autoren haben ebenso den Standpunkt vertreten (abgesehen von der

¹⁶⁹ Ebd. S. 132.

¹⁷⁰ Ebd. S. 136. KLEIN führt konkrete Fälle als Beleg für die tatsächliche Besserung aus eigener Erfahrung an.

scheinbaren Ausnahme von Bergk), daß das Geschworenengericht für die Lösung der Problematik der außerordentlichen Strafe ein-untaugliches Mittel sei. Aus ihrer Argumentation wird aber klar, daß sie weder den Kern des Problems der Verdachtsstrafe, noch das Wesen des Geschworenengerichts im Zusammenhang damit richtig verstanden haben. Sie sahen in diesem Urteilsforum bloß ein Laienkollegium, das subjektiv urteilt, leicht zu manipulieren ist usw. Die Möglichkeit der freien - d.h. ohne vorgeschriebene Beweistheorien - Urteilsfällung hat auf sie keine besondere Wirkung ausgeübt. Man war der Auffassung, daß der damalige Strafprozeß im Grunde zufriedenstellend sei, er nur modernisiert werden sollte. Die Verdachtsstrafe als Erscheinungsform der Schuldvermutung lebte also als Sicherungsmaßnahme weiter.

4. Kapitel

Die geschichtliche Entwicklung der Schuldvermutung im deutschen Strafverfahren

Die gerechte Strafe (im rechtlichen Sinne) hat sich jederzeit auf die Überzeugung gegründet, daß der Angeklagte an einem begangenen Verbrechen mehr oder weniger schuldig ist. Die Strafe wurde in der deutschen Strafrechtspflege - historisch gesehen - in eine ordentliche und eine außerordentliche unterteilt. Die ordentliche Strafe ergab eigentlich kein Problem, zumindest von der Seite des Strafrechts her. Die außerordentliche Strafe hat aber, wie gesagt, einen weiten Bereich umfaßt, indem sie immer als eine Abweichung von der ordentlichen interpretiert worden ist.

Die Verdachtsstrafe knüpft an diesen Gedanken an: Es geht im Grunde darum, daß das strafrechtliche Denken eigentlich von Anfang an davon ausging, daß die Unschuld des Angeklagten kaum vorstellbar war, weil er sonst nicht vor das Gericht hätte gestellt werden müssen. Es ist also immer die Schuld und nicht die Unschuld des Betroffenen präsumiert worden. Die Wahrheit dieser Behauptung wird auch durch die damals übliche Bezeichnung der Angeschuldigten dargestellt: Die Inquisiten wurden bereits vor dem Urteil als Mörder(innen), Diebe usw. bezeichnet.¹ Das ist ein klarer Beleg für die als selbstverständlich angenommene Schuldvermutung.² Die Verdachtsstrafe baut eben auf diese Überlegung auf. Wenn ein unvollkommen bewiesener Tatbestand mit einer Strafe geahndet wird (Verdachtsstrafe in engerem Sinne), entspringt die Motivation aus derselben Quelle. Aber auch in den Fällen, die nur in weiterem Sinne zum Begriff der Verdachtsstrafe gehören (wie etwa die Folter), wird das Übel mit dem Hintergedanken zuerkannt, daß es "sicher" nicht einen Unschuldigen trifft.

Das Verhältnis zwischen dem Beweissystem und dem Phänomen der Schuldvermutung ist sehr eng. Das Auftreten von Schuldvermutungen ist abhängig von der jeweiligen Gestaltung der vorgeschriebenen Beweisführung sowie des gesamten Strafprozeßrechts. Je starrer ein Beweissystem an Regeln gebunden ist, desto eher besteht die Neigung zur Aufstellung von Vermutungen als Stützen des Beweises. Bis zur Anerkennung der freien richterlichen Beweiswürdigung hat die Beweisführung eine solche "Krücke" gebraucht - und je stärker sich das Prinzip der freien Beweiswürdigung durchsetzte, desto mehr konnte auf Schuldvermutungen verzichtet werden.³

¹ Vgl. EB.SCHMIDT, S. 117 ff. (§§ 96-98)

² Der Ausdruck "Schuldvermutung" wurde erst von der Wissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts geprägt, während in älteren Darstellungen regelmäßig von Präsumtionen die Rede war. Der Begriff der Präsumtion umfaßte aber auch Vermutungen, die ihrem Wesen nach nicht mit der Schuld des Täters in Verbindung standen. Vgl. LIEROW, S. 1 f.

³ Vgl. LIEROW, S. 18. Zur Problematik der Entwicklung der freien richterlichen Beweiswürdigung, vgl. KRIETER, S. 3 f; KÜPER, S. 132 ff.

I. Schuldvermutung im Mittelalter

Im frühen deutschen Mittelalter fehlte noch eine allgemeine, für alle Tatbestände gleichermaßen anwendbare Terminologie; die Begriffe hafteten am Einzeltatbestand (Kasuistik), und waren deshalb auch nicht Ausdrücke allgemeingültiger Schuldvorstellungen. Dort wo bestimmte Schuldbegriffe im Rahmen von Straftatbeständen fixiert wurden, traten auch vereinzelt Vermutungen in Erscheinung. So sahen bei der Hehlerei die meisten Rechte von Strafe ab, wenn das Diebesgut ohne Kenntnis der fehlerhaften Herkunft gekauft wurde. Mitunter wurde aber eine unwiderlegbare Vermutung für die Kenntnis aufgestellt, besonders bei heimlichem Erwerb oder heimlicher Aufbewahrung.⁴ Flandrische und friesische Rechtsquellen strafte dagegen auch den unwissentlichen Kauf von Diebesgut, belegten ihn aber mit einer milderer Sanktion.⁵

1. Der Gang der Entwicklung

Wie bekannt, ging die Entwicklung in der Beweisführung und Beweiswürdigung vom formellen zum materiellen Beweis. In einem rein formellen Beweissystem ist die freie Würdigung der Beweise, so auch die Vermutung der Unschuld unvorstellbar. Die Entwicklung erscheint oft in Form von Kompromissen: Als die ausgesprochen formellen Beweismittel im 13. Jahrhundert langsam verschwanden, erschien die Tortur, die im wesentlichen zu den materiellen Beweismitteln gehörte (aber freilich rein formell), obwohl nur für "Zwangsmittel" betrachtet worden war.

Während der Entstehungszeit und Entwicklungsgeschichte der Schuldvermutung trifft man lange auf andere Begriffe (als die Schuld), die im heutigen Verständnis nicht unbedingt die Schuld des Beschuldigten betreffen. Die Vermutung des Vorsatzes stand beispielsweise einer Vermutung der Schuld sehr nahe, weil man unter dem Vorsatz meistens auch die persönliche Schuld mitverstanden hat. Wenn die - direkte oder indirekte - "böse Absicht" beweisbar war, hatte man auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verdächtigen angenommen, zugleich seine Schuld vermutet. In einigen Stadtrechten fanden sich einzelne Vorsatzvermutungen, die dadurch ausgelöst wurden, daß der Angeklagte bestimmte persönliche Eigenschaften besaß. So galt nach dem lübischen Recht der Vorsatz als erwiesen, wenn die Parteien bereits früher einmal Streit hatten.⁶ In Dortmund nahm man Vorsatz dann an, wenn der Täter vorher Drohungen ausgesprochen hatte. Um eine reine Schuldvermutung handelte es sich wohl aber hierbei nicht. Es wurde weniger der Vorsatz präsumiert, als vielmehr ein Indiz für die Begehung der Tat aufgestellt, das

⁴ Vgl. das Rechtsbuch RUPRECHTS VON FREISING, cap. 60; KNAPP, Art. 81, 90, 121, 122.

⁵ Vgl. HIS, Mittelalter, Bd. 1, S. 86; CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 109.

⁶ Vgl. HIS, a.a.O. S. 86 f.; CONRAD, a.a.O. S. 370 f.

dann zu einer Vermutung für die Täterschaft führte.⁷

2. Die Schuldvermutung in Sonderformen des mittelalterlichen Strafverfahrens

Obwohl der Begriff der Schuldvermutung im Mittelalter noch gar nicht existierte, gab es dieses strafrechtliche Phänomen, und es ist anhand zweier besonderer Verfahrensformen recht gut zu illustrieren.

a) Das Verfahren gegen landschädliche Leute

Das Verfahren gegen die sog. landschädlichen Leute entwickelt sich seit Beginn des 13. Jahrhunderts in einzelnen deutschen Städten und Ländern, und zwar überall dort, wo eine durch professionelles "Gaunertum" verursachte, stetig steigende Zahl von bestimmten Verbrechen ein gebietarisches Einschreiten erforderlich machte.⁸ Der Kreis der betroffenen Personen war nicht eindeutig definiert: Nach überwiegender Ansicht waren darunter Landfriedensstörer zu verstehen, die als Gewohnheitsverbrecher bekannt waren und als solche von Ort zu Ort zogen. Wesentlich war für die Zuerkennung dieser Eigenschaft, daß es sich offenkundig um einen Verbrecher handelte, der ohne festen Wohnsitz war, und sich deshalb dem Zugriff der Behörden entziehen konnte. Selbst die Lebensart an sich machte also verdächtig, so daß ihre Pönalisierung als Verdachtsstrafe (in weiterem Sinne) aufgefaßt werden kann. So entstand ein "Verfahren auf Leumund", bei dem allein die soziale Schädlichkeit des Beschuldigten eine Vermutung für die Begehung einer Straftat begründete: "Um gegenüber den Mängeln des damals geltenden Beweisrechts einen Ausgleich zu schaffen, galt es, die Tatsache eines entsprechenden Leumunds beweisrechtlich insofern zur Relevanz zu erheben, als an die Feststellung derselben eine Verschiebung der prozessualen Situation des Beklagten geknüpft wurde." - bemerkt Zallinger.⁹

Wenn ein Beschuldigter einen üblen Leumund hatte, konnte im Hinblick auf bestimmte Straftaten ein Verdachtsverfahren gegen ihn eingeleitet werden. Wurde z.B. jemand der heimlichen Tötung bezichtigt, so wirkte der Leumund des Beschuldigten wie ein Schuldbeweis, wenn der Beschuldigte durch die Flucht einen weiteren Verdachtsgrund gegen sich geschaffen hatte. Nach süddeutschen Quellen erfolgte die Einleitung des Verfahrens gewöhnlich auf Privatklage, worauf in einem Präjudizialverfahren (sog. Schädlichkündungsverfahren) der schädliche Charakter des Beschuldigten festgestellt wurde. Der Zweck des Leumundsverfahrens lag gerade darin, lediglich auf Grund des Leumunds eine Bestrafung zu erreichen. Diesem Gedanken entsprach es aber, dem Beschuldigten das

⁷ Vgl. LIEROW, S. 26 f.; CONRAD, a.a.O. S. 200.

⁸ Dieses Verfahren wurde erstmalig im Mainzer Landfriedensgesetz Friedrich II. aus dem Jahre 1235 beschrieben. Vgl. ZALLINGER, S. 38 f.

⁹ ZALLINGER, S. 55. Vgl. EB.SCHMIDT, Einführung, S. 78; LIEROW, S. 29.

Recht zu erteilen, den Reinigungseid abzulegen und damit die aus dem üblen Leumund erwachsene Schuldvermutung zu widerlegen.¹⁰

Hier ist das sog. Übersiebnungsverfahren zu erwähnen, das dadurch eingeleitet wurde, daß der Beschuldigte gebunden und gefangen dem Gericht vorgeführt wurde. Der Kläger führte dann den Schuldbeweis und zwar durch "Übersiebnen", d.h. sieben geachtete Männer, oftmals Ratsmitglieder, mußten schwören, daß sie den Ergriffenen für einen schädlichen Mann hielten. Damit war der Beschuldigte der Übeltat überführt, ohne selbst vorher die Möglichkeit einer Verteidigung erhalten zu haben.¹¹

Eine besondere Art des Übersiebnungsverfahrens war das "Verfahren auf Leumundsbrief", das zunächst für die Stadt Nürnberg, später auch für andere Reichsstädte eingeführt wurde.¹² Dieses Verfahren trug bereits stark inquisitorische Züge, doch unterschied es sich seiner Bestimmung nach nicht wesentlich von den Verfahrensarten, die eine Verurteilung auf Grund üblen Leumunds, d.h. bloßen Verdachts (nach heutigem Verständnis) anstrebten.

b) Das Inzichtverfahren

Ähnlich dem Verfahren gegen landschädliche Leute knüpfte das Inzichtverfahren an den Leumund des Beschuldigten an, war aber nicht wie jenes auf einen bestimmten Personenkreis begrenzt. Das Inzichtverfahren war nichts anderes als eine Klage, deren tatsächliche Begründung ungewiß war, welche somit auf bloßen Vermutungen beruhte. Das Verfahren diente zugleich eher der Reinigung vom Verdacht als der Verurteilung aufgrund dieser Vermutungen.

Der Versuch, die Präsumtionen des mittelalterlichen Strafrechts begrifflich zu erfassen, macht verschiedene Variationen in der rechtlichen Konstruktion deutlich. Beim Inzichtverfahren haben Indizien den Ausgangspunkt der Vermutung gebildet, und zwar in Form von Verdachtsmomenten, die auf die Täterschaft hinviesen. Diese Indizien haben sich unmittelbar zu einer unwiderlegbaren Präsumtion verstärkt, allerdings nur dann, wenn ein bestimmtes prozessuales Verhalten hinzukam, besonders die Flucht des Angeklagten.¹³

Das Verfahren gegen die für gefährlich gehaltenen Leute baute die Vermutung auf dem Begriff der "Landschädlichkeit" auf, auf einem Indiz, das einer persönlichen Eigenschaft des Beschuldigten entsprach. Aus diesem Indiz bildete sich im Prozeß ebenfalls eine Präsumtion, allerdings nicht wie im Inzichtverfahren in der Weise, daß diese Vermutung unmittelbar zum Beweis für die Tatbegehung führte, sondern "nur" mit dem

¹⁰ Vgl. SCHNELBÖGL, S. 512; EB.SCHMIDT, a.a.O.

¹¹ Vgl. BIENER, Abhandlungen, S. 153; HIPPEL, Strafrecht, Bd. 1, S. 156 Anm. 2; ZALLINGER, S. 155.

¹² Durch Privileg Kaiser Ludwigs IV, im Jahre 1320, abgedruckt bei KNAPP, S. 230.

¹³ Der Satz, daß die Flucht schuldig macht, wurde zu einer allgemeinen Präsumtion, die auch außerhalb des Inzichtverfahrens immer mehr Anwendung fand. Vgl. LIEROW, S. 32 ff.

Ziel, die Beweissituation des Verdächtigen im Verfahren zu verschlechtern. Das gilt für unser heutiges Verständnis dennoch als eine Art von Schuldvermutung.

Beim Verfahren gegen "landschädliche" Leute ist es die Veränderung der Beweissituation, die Züge einer Beweislastverschiebung in sich trägt, beim Inzichtverfahren sind es die unmittelbar aus den Indizien folgenden beweisbegründenden Vermutungen. Jedoch fehlte diesen Präsumtionen - wie allen anderen ähnlichen Rechtskonstruktionen des Mittelalters - die eigentliche Beziehung zum Schuldlement, da der Schuldbegriff zur damaligen Zeit in seiner ganzen Bedeutung und Tiefe noch gar nicht erfaßt worden war. Die Schuld ist mehr als ein religiöser Begriff betrachtet worden, der durch das Strafrecht bloß "verliehen" wurde. Das Indiz als Ausgangspunkt der Präsumtion wies lediglich auf die Täterschaft hin: War dieses Indiz gegeben, so war damit erwiesen, daß der Verdächtige eine bestimmte Tat wirklich begangen hatte.¹⁴

II. Schuldvermutungen während der Herrschaft des Inquisitionsprozesses

Nach den "rohen", unelastischen Beweisregeln des mittelalterlichen Strafverfahrensrechts wollte der Inquisitionsprozeß wesentlich mehr auf die materielle Gewißheit bauen. Das Beweissystem blieb jedoch fast ebenso starr, folglich konnte zunächst auf Präsumtionen noch immer nicht verzichtet werden.

Die Geschichte des Inquisitionsprozesses ist zugleich die Geschichte der Folter, die für die Ermittlung der "materiellen" Wahrheit als unentbehrlich galt, und durch die das Geständnis, die *regina probationum*, erreicht werden konnte.¹⁵ Durch die Marter schien es möglich zu sein, den der Wirklichkeit entsprechenden Sachverhalt festzustellen. Dahinter stand die Überzeugung von der wahrscheinlichen Schuld des Inquisiten - es wurde weiterhin die Schuld, genauer gesagt der Umstand vermutet, daß der Angeschuldigte das Verbrechen begangen habe.

1. Der Standpunkt der gemeinrechtlichen Strafrechtswissenschaft

Obwohl die *Constitutio Criminalis Carolina* als Rechtsquelle eine unvergleichbare Wirkung auf die deutsche Strafrechtspflege und Rechtsauffassung ausgeübt hat, hat sie dennoch bedeutenden Juristen der Zeit die Freiheit gelassen, wesentlich neue Gedanken zu fassen und Thesen aufzustellen. Die Entwicklung der Schuldvermutung wird weiterhin im Rahmen der Präsumtion von Vorsätzlichkeit gedacht. Vorsatz und Schuld galten im damaligen Verständnis praktisch als synonyme Begriffe; wenn man an den *dolus* dachte,

¹⁴ Vgl. LIEROW, S. 33 f.

¹⁵ Das auf Inquisition beruhende Verfahren wurde erstmalig in umfassender Weise unter INNOZENZ III. durch das IV. lateranische Konzil im Jahre 1215 gesetzlich geregelt.

verstand man darunter meist auch das *peccatum* des Verdächtigen.¹⁶ Den Begriff des Vorsatzes zu behandeln, war nämlich wesentlich einfacher.

a) Benedict Carpzow

Der vielleicht bedeutendste "Macher" des gemeinen Rechts, Benedict Carpzow, hat sich während seiner vielfältigen Tätigkeit auch mit der Schuldvermutung beschäftigt. Diese Problematik erschien bei ihm in Gestalt der Lehren vom *dolus directus* und *dolus indirectus*.¹⁷ Besonders die Erfolgsdelikte (wie eine fahrlässige Tötung oder eine zum Tod führende Verwundung) schienen geeignet, bezüglich der Willenssituation des Täters eine Präsumption seines indirekten Vorsatz, folglich für seine Schuld am entstandenen Erfolg aufzustellen.¹⁸ Die Konstruktion des indirekten Vorsatzes bedeutete für ihn eine meist unwiderlegbare Schuldvermutung zuungunsten des Verdächtigen.

Die Beziehung der Vermutung des (indirekten) Vorsatzes zur Vermutung der Schuld blieb für ihn unklar; Carpzow wehrte sich nämlich ausdrücklich gegen die Annahme einer Präsumption.¹⁹ Er mußte dies tun, denn die offene Annahme eines präsumtiven *dolus* hätte die Zurechnung zur außerordentlichen Strafe bedeutet, und der von ihm verfolgte Zweck die Dolusstrafe zu erweitern, wäre damit unerreicht geblieben.

Neben der Entwicklung des indirekten Vorsatzes hat Carpzow auch die *praesumptio doli* nicht aufgegeben. Er fügte sie in Deliktstatbestände ein, die bis dahin von ihr noch nicht unmittelbar erfaßt worden waren. In diesem Zusammenhang ist besonders das Verbrechen der Kindestötung zu erwähnen, weil die an diesen Tatbestand gebundene Präsumption in der Folgezeit immer wieder zu neuen Problemstellungen Anlaß gab.

Die von Carpzow aufgestellte Vermutung entsprang der Schwierigkeit, der Kindesmutter eine vorsätzliche Tötung ihres neugeborenen Kindes nachzuweisen, wenn das Kind tot aufgefunden wurde, ohne daß irgendwelche Beweismittel zur Hand waren. Die Verheimlichung der Schwangerschaft und noch mehr der Geburt begründete aber einen Verdacht dafür, daß heimlich und unbemerkt eine Tötungshandlung begangen worden war. Das wäre im eigentlichen Sinne bloß ein Indiz, wird aber von Carpzow zur

¹⁶ Wieweit die Benutzung der verschiedenen rechtlichen Begriffe "inkorrekt" war, wird dadurch anschaulich: Die *culpa* bezog sich im römischen Recht auf die privatrechtliche Verantwortung, das *peccatum* bedeutete in der religiösen Terminologie die persönliche Schuld vor Gott.

¹⁷ CARPZOW entwickelte zum ersten Mal die Lehre vom *dolus indirectus* auf dem Boden der deutschen Rechtswissenschaft. Vgl. KRIES, Lehrbuch, S. 37.

¹⁸ "Den Ausgangspunkt bildete die Frage, ob der Täter mit der Strafe für Mord belegt werden könne, wenn sein Wille nicht auf den Tod des Menschen, sondern nur auf dessen Verwundung gerichtet war, die Verwundung aber zwangsläufig zum Tode führte. Carpzow bejahte diese Frage mit Hilfe der Lehre vom *dolus indirectus* (*animus solum vulnerandi vel percutiendi, unde mors immediate sequitur*) im Gegensatz zum *dolus directus* (*animum habet occidendi*)." CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 422.

¹⁹ So formuliert er: "*Non enim ex praesumptionibus et conjecturis criminaliter quiscondemnari potest.*" CARPZOW, Qu. 1 Nr. 60.

Präsuntion erhoben. Er verlieh seiner Ansicht mit den folgenden Worten Ausdruck: "*Tum, quod occultatio impraegnationis et partus per sese poenam arbitariam mereatur: ex actu enim clandestino dolus et malus animus agentis praesumitur.*"²⁰ Diese Präsuntion umfaßte zunächst einmal die Täterschaft selbst. Die Auffindung des toten Neugeborenen in Verbindung mit der Verheimlichung von Entbindung und Schwangerschaft ließ noch keineswegs den Schluß zu, daß die Mutter eine rechtswidrige Handlung an dem Säugling begangen hatte. Das Kind konnte auch von dritter Seite umgebracht worden sein - wenn es sich überhaupt um einen gewaltsamen Tod handelte. Aus diesem Grunde mußte, um eine strafrechtliche Verfolgung zu ermöglichen, zunächst einmal die objektive Tatbegehung präsumiert werden. Diese (Schuld)Vermutung wurde dann dahingehend erweitert, daß mit der Täterschaft zugleich ein vorsätzliches Handeln verbunden sei.

b) Fröhlich von Fröhlichsburg

Die zeitgenössische Wissenschaft folgte zunächst Carpzows Lehre von den Präsuntionen ohne Einschränkungen.²¹ Auch Fröhlich von Fröhlichsburg schloß sich den Gedanken Carpzows an. Fröhlichsburg nahm insofern eine Sonderstellung ein, als er seine Zustimmung zur Doluslehre von Carpzw ausführlich erläuterte und dabei zugleich weitere Beiträge zu deren Begründung lieferte. Er äußerte sich wie folgt: "Aber wahrlich gleich wie niemand aus puren Praesumptionen, wann selbe auch in Rechten fundiert, zum Todt zu verurteilen ist, also könnte aus gebrauchtem tödtlichen Instrument, als äusserlichem Zeichen des Gemüths, niemand zum Todt verfällt werden, damit aber dieser Anstoss verhütet werde, soll der Dolus aus dergleichen Instrument nicht präsumiert, sondern völlig erwiesen seyn, welche Erweisung die vom Thäter vorschützende Exception nicht gehabten Gemüths nicht zweifelhaftig mache."²²

Hinsichtlich der Beurteilung der Kindestötung folgte er jedoch der Konzeption von Carpzw nicht. Er verlangte vielmehr für das *corpus delicti* der Kindestötung das Geständnis der mutmaßlichen Mutter.²³

c) Augustin Leyser

Eine gewisse Veränderung der Lehre vom *dolus indirectus* in der Prägung von Carpzw nahm Leyser vor.²⁴ Er fügte dem Begriff das Merkmal der Einwilligung in den "schwe-

²⁰ CARPZOW, Qu. 15 Nr. 51 und 52.

²¹ Vgl. OLDEKOP, *Premptuarium criminale*; BRUNNEMANN, *Tractatus Juridicus de inquisitionis processu*.

²² FRÖHLICH VON FRÖHLICHSBURG, *Tractatus II*, Buch 2, Tit. 1.

²³ Vgl. a.a.O. *Tract. II*, Buch 2, Tit. 11.

²⁴ Vgl. LEYSER, *Meditationes*, S. 52 ff.; SCHAFFSTEIN, *Lehren*, S. 122; BOLDT, S. 202.

ren Erfolg" bei. Als Voraussetzung für die Annahme der Einwilligung forderte Leyser dessen Voraussicht, aber diese Voraussicht selbst wurde präsumiert. Zum Begriffsmerkmal des *dolus indirectus* gehörte es, daß der Täter den Erfolg vorausgesehen hatte. Bei ihm als zurechnungsfähigem Menschen konnte aber vermutet werden, daß der Erfolg auch tatsächlich vorausgesehen worden war. In einem Gutachten der Helmstädter Fakultät plädierte Leyser für die Annahme des *dolus indirectus* sogar mit der bloßen Feststellung, daß der Inquisit den Tod bei den harten Schlägen als ein vernünftiger Mensch leicht habe vorhersehen können.²⁵ Das vermutete Bewußtsein und der Schädigungswille waren demnach die ersten Voraussetzungen der Zurechnung zum Vorsatz; lagen sie vor, so sah Leyser den Zurechnungsgrund in der fingierten Einwilligung des Täters in den Erfolg.

d) Jakob Samuel Friedrich Boehmer

Der Autor, einer der berühmtesten Strafrechtslehrer des 18. Jahrhunderts, vertrat in seinem Werk *Elementa jurisprudentiae* eine ähnliche Auffassung wie Leyser. Nach Boehmers Ansicht konnte die Beziehung des Willens zum Verbrechenserfolg direkt oder indirekt sein. Man kann eine direkte Absicht voraussetzen, wenn die Einwilligung in den Erfolg angenommen werden kann. Dabei entsprachen die Voraussetzungen, unter denen die Annahme der Einwilligung als gerechtfertigt scheint, den Merkmalen des *dolus indirectus*.²⁶

In seiner späteren Arbeit *Observationes* gelangte Boehmer zu der Ansicht, daß die für die Doluszurechnung ausreichende Willensbeziehung zum Erfolg erst dann gegeben sei, wenn im Einzelfall angenommen werden kann, der Täter habe den Erfolg nicht schlechthin, doch eventuell gewollt.²⁷ "Die eventuelle Einwilligung in den schwereren Erfolg, die unter bestimmten Voraussetzungen angenommen werden durfte, beruhte aber wiederum wie bei Leyser auf einer beweisrechtlichen Präsumtion" - bemerkt treffend Lierow.²⁸ In den *Elementa jurisprudentiae* war der Gebrauch lebensgefährlicher Waffen nicht eine *simplex praesumptio*, sondern *evidens rei veritas* vorsätzlichen Handelns.²⁹

Man hat den Eindruck, daß Boehmer den *dolus indirectus* nicht als eine materiell-

²⁵ Vgl. LEYSER, *Meditationes*, Specimen DIC, Nr. 5-7.

²⁶ Auf die Tötungsdelikte bezogen lag ein indirekter Vorsatz dann vor, wenn jemand mit einem lebensgefährlichen Gegenstand den Tod ohne direkte Tötungsabsicht verursachte, vorausgesetzt, daß die Wunde tödlich und in Verwundungsabsicht beigebracht war. Vgl. BOEHMER, *Elementa*, Sect. II Cap. 16 §§ 189 und 202.

²⁷ Vgl. BOEHMER, *Observationes*, Obs. II ad Qu. 1; ähnlich meint Christian WOLFF: "Da die Art und Weise, wie man seine Willens-Meinung in Absicht einer gewissen Handlung anzeigt, die Handlung selbst nicht verändert; so ist die stillschweigende Einwilligung, als die ausdrückliche." Grundsätze, S. 19 (§ 27); vgl. ferner *Institutiones*, S. 15 (§ 27).

²⁸ LIEROW, S. 61; vgl. BOLDT, S. 218.

²⁹ Vgl. BOEHMER, *Elementa*, Sect. II Cap. 15 § 189 Anm.

rechtliche Einrichtung aufgefaßt hat, sondern nur als Mittel zur beweisrechtlichen Sicherung des *animus occidendi*, als eigentlicher Form der ordentlichen Schuld.³⁰

Die Epoche der gemeinrechtlichen Wissenschaft fand ihren Abschluß gegen Ende des 18. Jahrhunderts, und ihre späteren Vertreter konnten dem Gedanken der Schuldvermutung bzw. der These *dolus indirectus* nur noch wenig Neues hinzufügen.³¹

2. Die Entwicklung der Gesetzgebung

Die einzelnen Gesetzbücher spiegelten in erster Linie die zeitgenössische Auffassung über die Schuldvermutung wider; hier werden zur Illustration nur die Regelungen einiger wichtigerer Rechtsquellen angeführt.

a) Die Constitutio Criminalis Carolina

Die *Carolina* hat nur die ordentliche Strafe gekannt. Alle in der CCC angeführten Indizien ("Anzeigungen") blieben auf die Funktion beschränkt, Grundlage für die Anwendung der Folter zu sein. Die *Carolina* hielt noch ganz an der deutschrechtlichen Schuldauflassung fest. So fanden die von den Postglossatoren aufgestellten Doluspräsumtionen noch keinen Eingang in das Gesetz.³² Dennoch war auch die CCC nicht frei von Präsumtionen, die zum Teil auch den Charakter von Schuldvermutungen annahmen. Eine echte Präsumtion folgt aus dem Art. 162, wonach der Diebstahl mit dem Tode zu bestrafen war, wenn sich zeigte, daß der Verdächtige einem "Vergewaltiger" gleichzuachten war. Wenn ein Dieb schon zweimal gestohlen hatte, so wurde die Tatschuld für den dritten Diebstahl unwiderleglich vermutet, weil der Täter auf Grund der vorangegangenen Delikte bereits eine antisoziale Willensrichtung aufwies. Der Täter wurde in diesem Fall wie ein "Vergewaltiger" mit dem Tode bestraft.

b) Strafprozessuale Partikulargesetze

Die Entwicklung der Problematik der Schuldvermutung ist auch in der Gesetzgebungstätigkeit am besten an dem Delikt der Kindestötung zu illustrieren. Die Begehung solcher Verbrechen hatte angeblich seit dem 17. Jahrhundert rapid zugenommen. Die Aufstellung

³⁰ Vgl. BÖHMER, *Elementa*, Sect. II Cap. 15 § 189; LIEROW, S. 61 f.

³¹ Der ältere MEISTER folgte dem Gedankengang von BOEHMER: "Hat peinlich Beklagter bey der Lebensgefährlichkeit seiner vorgesetzten Tat nichts destoweniger solche gewaget, es auf den Erfolg ankommen lassen, und also die Tötung gewollt." *Rechtliche Erkenntnisse*, Nr. 122, S. 570, N. 5; vgl. Nr. 100, S. 452, N. 5; Nr. 127, S. 603, N. 22; NETTELBLADT, § 26; BOLDT, S. 214, 229; SCHAFFSTEIN, *Lehren*, S. 127. Die Wirkung von CARPZOW war am Ende des 18. Jahrhunderts immer noch lebendig, vgl. KOCH, *Lib. II*, Cap. 29, § 442.

³² Vgl. BINDING, *Normen*, Bd. 2, S. 635.

der Doluspräsomtionen für Kindestötung entsprach so vor allem praktischen Bedürfnissen der Rechtspflege, da die Beseitigung neugeborener Kinder zu dieser Zeit angeblich fast epidemisch um sich griff und diesem Übel mit den gesetzlichen Handhaben, welche die *Carolina* bot, allein nicht mehr beizukommen war.³³

So besagt ein bayerisches Edikt vom 21.4.1684: "Wann hinfüran einige dergleichen Weibsperson ihre Schwängerung verhellet, williglich ihr Kindlein allein gebähret und hinnach in heimlich Ort, damit sie dessen abkommt, von sich legt, sodann selbiges Kind stirbt, ...daß solche Weibsperson nicht anders als solche Kindmutter gehalten, welche solch williglich ermordet."³⁴ Diese Vorschrift trägt bereits die Züge einer echten Präsomtion. Hier war wohl in erster Linie an den Fall gedacht, daß ein Kind tot gefunden wurde und die Kindsmutter dabei zwar einräumte, sie habe das Kind "von sich gelegt", dabei aber eine Tötungsabsicht bestritt.³⁵ Grundlage der Vermutung war deshalb nicht die Verheimlichung der Geburt, sondern das erwiesene heimliche Weglegen.

Eine Vorschrift in Form einer widerlegbaren Präsomtion, die gleichzeitig die Frage der Beweislast in den Vordergrund rückte, fand sich in der Neuauflage des Landrechts der Rheinpfalz aus dem Jahre 1700. Danach sollte bei verheimlichter Schwangerschaft und Auffindung des toten Kindes die Mutter wie eine Kindsmörderin bestraft werden, es sei denn, daß sie ein "Zeugnis oder anderen genugsamen Schein" für die Totgeburt erbringen konnte.³⁶ Durch die Annahme der Schuldvermutung hat also die Strafrechtspflege den einfacheren Weg gewählt; so schwer die Totgeburt zu erweisen war, so hoffnungslos wäre es gewesen, den konkreten Mord von seiten der Mutter zu beweisen.

c) Der Codex Juris Bavarici Criminalis

Als Beispiel für die Schuldvermutung bleibt als tauglichstes auch für dieses Strafgesetzbuch das Verbrechen der Kindestötung bzw. die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung. Hinsichtlich der Beurteilung dieses Delikts tat Kreittmayr den entscheidenden Schritt in Richtung auf die Bildung einer Präsomtion: "Kommt eine ledige Weibsperson heimlich nieder, und wird das Kind todt aufgefunden, so soll sie mit der Entschuldigung, ob seye das Kind schon todt von ihr gegangen oder in der Geburt kein Leben an ihm zu spüren gewesen, nicht angehört, sondern für eine Kindsmörderin gehalten und mit dem Schwert am Leben bestraft werden."³⁷ Dies war sogar eine unwiderlegliche Schuldvermutung.

³³ Vgl. SCHWARZ, S. 41 f.

³⁴ Sammlung, Bd. III(1788), Teil 1, Nr. CX.

³⁵ Vgl. den angeführten Rechtsfall zum § 408 (Zusatz 2.) der preußischen KO (1805), Bd. 1, S. 334 ff.

³⁶ Vgl. Neuauflage des Landrechts der Rheinpfalz, Titel 22, Teil 5.

³⁷ CJBC Teil 1, Kap. 3, § 21.

Schuldvermutungen sind daneben freilich auch an anderen Stellen des Gesetzbuches zu finden. Ein Beispiel: "Wann einer, dem sonst die Büchse zu führen nicht gebühret, in der Wildfuhr damit betreten wird; so ist derselbe für einen wirklichen Wild-Schützen zu halten, und... ohnangesehen, ob ein Schaden daraus erfolgt ist oder nicht, 3. Jahr lang, ad Opus publicum zu condemniren."³⁸ Der bloße Umstand also, daß jemand ohne Erlaubnis mit einer Büchse im Wald gefunden wird, ließ ihn ohne weiteres als einen "Wild-Schützen" erscheinen. Es ist jedoch unklar, ob diese Vermutung widerlegbar war.

Im Kreittmayrs Gesetzbuch blieben auch alte deutschrechtliche Gedanken lebendig. So fanden sich immer noch Bestimmungen, die den Kreis der "landschädlichen Leute" betrafen. Es handelte sich um die "in- und ausländischen Bettler(n), Vaganten, Müßiggänger(n) und dergleichen verdächtige(n) Leute", deren bloßes Dasein den Gesetzgeber motiviert hat. Die ausländischen Bettler und ähnliche verdächtige Personen wurden des Landes verwiesen, "mit der Commination, daß wann sie sich hierinn abermahl betreten lassen, dieselbe als Verächter des Chur- und Landes-Fürstlichen hohen Gebots, von dem Leben zum Tode... hingerichtet werden sollen."³⁹ Die inländischen Personen waren mit "empfindlichen Carbatsch-Streichen" in die Arbeit, oder ihren Geburtsort anzuweisen. Die "rückfälligen" Bettler (und die anderen verdächtigen Leute) waren aber "auf Jahr und Tag in das Arbeits-Haus zu liefern, auch alldort ihrer Leibes-Constitution gemäß, mit wochentlichen Carbatsch-Streichen zu überfahren, das dritte und viertemahl aber, ist allzeit die vorige Straff zu dupliren."⁴⁰ Das ganze 11. Kapitel beschäftigt sich mit ähnlichen Tatbeständen; die Härte der Strafen zeigt, daß es hier noch nicht um eine "Vorbeugemaßnahme" geht - vielmehr um eine Erscheinungsform alter Schuldvermutungen.

III. Abkehr vom Inquisitionsprozeß

Der CJBC war einer der letzten Höhepunkte in der Geschichte des Inquisitionsverfahrens. Bald darauf begann eine Entwicklung, die unaufhaltsam das Ende dieser Verfahrensart heraufbeschwor, und zugleich zur Abschaffung der gesetzlichen, gebundenen Beweis-theorie führte. Den Abschluß dieser Entwicklung bildete die Einführung der freien richterlichen Beweiswürdigung.⁴¹ Je vollkommener im Zuge der Entwicklung die richterliche Freiheit in der Überzeugungsbildung hergestellt wurde, desto mehr verloren die gesetzlichen Präsumtionen an Bedeutung.

³⁸ Ebd. Kap. 10, § 7; vgl. ferner ebd. § 8.

³⁹ A.a.O. Kap. 11, § 1; vgl. ebd. §§ 2, 3.

⁴⁰ Ebd. § 4.

⁴¹ Vgl. KRIETER, S. 9 f.; KÜPER, S. 132 ff.

1. Allgemeine Entwicklungen

Die Strafrechtswissenschaft, in der sich während des 18. Jahrhunderts mehr und mehr der Einfluß des Naturrechts geltend gemacht hatte, hatte eine bahnbrechende Rolle gespielt. Die These vom Naturrecht, die bereits im 17. Jahrhundert aufgekommen war, hatte vor allem eine Rationalisierung strafrechtlichen Denkens bewirkt und die Grundlage dafür geschaffen, daß sich die Dogmatik des Strafrechts von der induktiven Methode weg in Richtung allgemeiner Systematik entwickelte. Daneben sollte die *Ratio* zum kritischen Maßstab für alle strafrechtlichen Entscheidungen werden. Die grausamen Methoden mußten der Humanitas weichen.⁴²

Eines der wichtigsten Ergebnisse des neuen Denkens, war die Abschaffung der Folter. Die Folter als Instrument der Beweisführung hatte alle Vermutungen und "Anzeigen" aufgefangen und damit ihre Weiterverwendung bei der Beweiserhebung unmöglich gemacht. Ihr Wegfall mußte praktisch zwangsläufig die Möglichkeit eines Indizienbeweises eröffnen.⁴³ Daß in der Beweisführung danach eine allgemeine Unsicherheit zutage trat, ist kein Wunder. Indizien, die ihrem Stärkegrad nach bisher lediglich zur Anwendung der "peinlichen Frage" genügt hatten, wurden zu Ausgangspunkten für Präsumtionen.

Trotz der Abschaffung der Folter blieb das Beweissystem noch lange gebunden, jedoch in Form von zwei verschiedenen Theorien.⁴⁴ Als Kennzeichen der positiven Beweistheorie galt die Bestimmung einer oberen Grenze von Zahl und Stärke der für die Verurteilung erforderlichen Beweismittel. War diese Grenze erreicht, so mußte die Sanktion verhängt werden. Das Kennzeichen der negativen Beweistheorie war die Setzung einer unteren Grenze, worunter durfte überhaupt nicht verurteilt werden. War sie aber erreicht oder überschritten, so lag es im "Ermessen" des Richters, ob er verurteilen oder freisprechen wollte.

a) Die Situation des Richters

Die Beseitigung der Folter und damit die Einführung des Indizienbeweises sowie die Verbreitung der negativen Beweistheorie rückten mehr und mehr die Person des Richters in den Vordergrund der Beweiserhebung.⁴⁵ Ob eine Verurteilung auf Grund vorhandener Indizien möglich war oder nicht, wurde abhängig gemacht von einer Prüfung der Handlungsumstände durch den Richter. Die in den Strafgesetzbüchern aufgeführten Indizien, die ursprünglich bloß die Anwendung der Folter, später (nach deren Abschaffung) ohne

⁴² Vgl. LIEROW, S. 79.

⁴³ In Preußen wurde z. B. der Indizienbeweis durch die Ordre vom 4.7.1754 eingeführt, allerdings reichte dieser vorerst nur zur Verhängung der außerordentlichen Strafe. Vgl. LIEROW, S. 80 f.

⁴⁴ Vgl. GLASER, Beiträge, S. 11; KRIES, Lehrbuch, S. 60; KRIETER, S. 9.

⁴⁵ Vgl. KÜSSNER, GA 3(1855), S. 32 ff.

weiteres die Verhängung der außerordentlichen Strafe auslösten, sanken in ihrer Bedeutung allmählich zu Ausgangstatsachen für die richterliche Beurteilung herab. Der Richter hatte nicht nur zu prüfen, ob die vorhandenen Indizien einen Beweis für die objektive Täterschaft erbrachten, sondern er hatte unabhängig davon auch die subjektiven Beziehungen des Täters zur Tat zu untersuchen.

In der Entwicklung des Strafprozesses erscheinen stufenweise sowohl der Richter wie auch der Beschuldigte als Personen. Auf der Seite des Verdächtigen bedeutet dies die Verwirklichung einer Humanisierung und eines Individualismus, in Form der These: Es ist wichtiger und besser, einen Unschuldigen vor dem Todesurteil zu retten, als hundert der verdienten Strafe zuzuführen; dem Richter wurde ein immer größerer "Spielraum" eingeräumt.⁴⁶

b) Die Vermutung des Vorsatzes

An die Stelle des *dolus indirectus* trat nunmehr meist eine Doluspräsumption, die die Schuldprobleme besonders bei Erfolgsdelikten zu erfassen suchte. Zur Annahme einer *praesumptio doli* hatte der Richter nur festzustellen, ob der Erfolg in der vom Gesetz bestimmten Weise (z.B. als notwendige oder wahrscheinliche Folge der Handlung) mit der Tat objektiv gesehen in Verbindung stand. Diese Kausalität zwischen Handlung und Erfolg wurde dann mit Hilfe der Vorsatz-Vermutung unmittelbar dem Bewußtsein des Täters unterstellt.⁴⁷

Neben der auf die Erfolgsdelikte zugeschnittenen Doluspräsumptionen trat gegen Ende des 18. Jahrhunderts eine allgemeine *praesumptio doli* auf, die als ein Phänomen der im Zuge der mit der Abschaffung der Tortur begonnenen Umschichtung des Beweisverfahrens erfolgte. Diese Präsumption betraf nur den reinen Tatinhalt und mußte deshalb ihre Begrenzung dort finden, wo die Handlung mit einem Erfolg verbunden war.⁴⁸

2. Die Rechtswissenschaft

Die Strafrechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts tastete sich an die durch die Beseitigung der Folter entstandenen beweisrechtlichen Probleme nur langsam heran. Die Gesetzgebung hat auf die neue Zeit anscheinend schneller reagiert als viele Rechtsgelehrte. Man kann erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts eine klare Entwicklungslinie in wissenschaftlichen

⁴⁶ Diese Entwicklung war vor allem dadurch widerspruchsvoll, daß gerade die Aufklärungszeit die Maxime, den Richter an den Buchstaben des Gesetzes zu binden, entwickelte.

⁴⁷ Vgl. LIEROW, S. 81 ff.

⁴⁸ Auch das Problem des Rechtsirrtums erfuhr eine Behandlung, die zur Aufstellung von Vermutungen führte. Das Strafgesetz wurde als Rechtssatz aufgefaßt, und das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit wurde zum Inhalt des Vorsatzes, indem die Kenntnis des Strafgesetzes beim Täter vermutet wurde. Vgl. BINDING, Irrtum, S. 19 ff.; LIEROW, S. 83.

Darstellungen erkennen.

a) Die These der allgemeinen *praesumptio doli*

Die Schuldvermutung wurde im ausgehenden 18. Jahrhundert in Form der Doluspräsumtion zum letzten Mal in einer eigenständigen Gestalt auch in der Rechtswissenschaft formuliert. Infolge des Wirkens bedeutender Rechtsgelehrter verschwand ab Anfang des 19. Jahrhunderts diese Auffassung allmählich aus der Rechtsliteratur.

aa) Johann Christian Quistorp

Auf der wissenschaftlichen Ebene lagen die Anfänge dieser Entwicklung bei den Autoren des ausgehenden 18. Jahrhunderts vor allem bei Quistorp.⁴⁹ Die Konsequenzen einer strafbaren Handlung beurteilte er noch ganz im Sinne des *dolus indirectus*, daneben aber erschien bei ihm bereits eine allgemeine Vorsatz-Vermutung. Sie lautet: "Man vermutet jedoch bei einem jeden Verbrechen und bei einer an sich schon unerlaubten Handlung den Vorsatz, es wäre denn, daß jemand von einer an sich unerlaubten Handlung eine vernünftige Ursache angeben könnte."⁵⁰ Bei Bildung dieser Präsumtion knüpfte Quistorp an die These an, daß der Vorsatz nur aus Indizien, aus den Umständen des Verbrechens, bewiesen werden könne.⁵¹ Hierbei erschien für Quistorp als wichtigstes Indiz, daß der Täter die Handlung ausgeführt habe - dieses vermeintliche Indiz erhob er zur Präsumtion.

Bezüglich des Problems des Rechtsirrtums vertrat der Autor die Ansicht, daß die Rechtskenntnis vermutet werden müsse.⁵² Allerdings schränkte er die These dahin ein, daß bei fremden Personen nicht vermutet werden könne, daß sie die örtlichen Gesetze gekannt haben. Die von einer solchen Person behauptete Unkenntnis von Rechtsnormen solle aber nicht berücksichtigt werden, wenn diese Rechtsregeln bereits im gemeinen Recht enthalten waren oder der Fremde aufgrund besonderer Umstände verpflichtet war, eine richtige Kenntnis der Gesetze zu erwerben.

ab) Karl Ludwig von Grolman

Die von Quistorp aufgestellte These einer allgemeinen *praesumptio doli* wurde einige Jahre

⁴⁹ Vgl. QUISTORP, Grundsätze I, §§ 34, 35.

⁵⁰ A.a.O. § 34.

⁵¹ Vgl. ebd. Anm.

⁵² Vgl. a.a.O. § 48.

später von Grolman wieder aufgenommen.⁵³ Grolman ging bei seinen Betrachtungen von dem Satz aus: *Quilibet praesumitur bonus, donec probatur contrarium*, wonach die Beziehung des Täters zu der begangenen Tat vom Richter zu beweisen sei. Grolman wandte sich allerdings gegen diese Ansicht, weil seiner Meinung nach die Beziehung des Täters zur Handlung bereits mit ihrer Begehung festgestellt ist. Diese Ansicht wird dadurch begründet, daß im Wesen des Menschen ein Hang zur Willkür liege. Da man im wesentlichen jeden Menschen mit dieser Eigenschaft belegt, habe man auch vom Täter anzunehmen, daß er willkürlich gehandelt habe. Diese Meinung entspricht wieder der Auffassung, daß eine Tat (so, wie sie objektiv erscheint) dem Vorsatz des Täters unterstellt werden müsse.

Die These von der Vorsatzvermutung wurde seit der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert immer heftiger angegriffen, und der Sinn und Zweck einer verallgemeinerten Doluspräsumtion wurde nicht mehr anerkannt.

b) Die allmähliche Beseitigung der praesumptio doli

Die Gedanken von Quistorp und Grolman über den vermuteten Vorsatz des Täters waren im Grunde genommen noch im gemeinen Recht verwurzelt. Das Inquisitionsverfahren sah seine höchste Aufgabe darin, formelle Beweise zur vermuteten Schuld bzw. zum vermuteten Vorsatz des Verdächtigen zu schaffen. Diese Anschauung entsprach aber immer weniger einer modernen, induktiven prozeßrechtlichen Denkweise.⁵⁴

ba) Paul Johann Anselm von Feuerbach

Einer der ersten Gegner der Ansichten von Quistorp und Grolman wurde am Anfang des 19. Jahrhunderts Feuerbach, obwohl auch er anfänglich eine Art von Doluspräsumtion vertrat. Seine Schuldlehre ging davon aus, daß alle Schuld einem menschlichen Willen (Begehrungsvermögen) entspringt.⁵⁵ Willentliches Handeln sei nicht nur das überlegte Tun, sondern auch jedes unwillkürliche Handeln. Das bewußte Wollen als Voraussetzung der Zurechenbarkeit verband Feuerbach mit dem Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung. Dies war für ihn gleichbedeutend mit dem Bewußtsein der Strafgesetzwidrigkeit.⁵⁶ Der Täter mußte wissen, daß sein Handeln vom Gesetz verboten war. Feuerbach verlangte in diesem Zusammenhang, daß die Kenntnis der Verbote positiven Rechts bei einer dem

⁵³ Vgl. GROLMAN, Bibliothek, Teil 1, Stück 2(1796); Grundsätze, § 55.

⁵⁴ Vgl. GLOBIG, Entwurf, S. 32 ff.

⁵⁵ Die Behandlung der Problematik der Schuldvermutung erwuchs bei ihm aus seiner, der Präventionstheorie entstammenden Schuldlehre. Vgl. FEUERBACH, Revision, S. 43 ff.; GRÜNHUT, S. 201.

⁵⁶ Die Kenntnis des Strafgesetzes war bei ihm deshalb als Bestandteil des *dolus* vorausgesetzt. Vgl. GRÜNHUT, a.a.O. S. 202; WÄCHTER, Lehrbuch, S. 119, Anm. 43.

Gesetz äußerlich zuwiderlaufenden Handlung solange vermutet werden müsse, bis das Gegenteil erwiesen sei.⁵⁷ Richtig bemerkt Lierow: "Wenn Feuerbach zum Vorhandensein des gesetzwidrigen Willens die Rechtskenntnis verlangt, so dürfte der Angeklagte nur dann verurteilt werden, wenn ihm der Nachweis erbracht worden ist, daß die zur Strafbarkeit geforderte Einwirkung auf sein Begehrungsvermögen möglich war, nicht aber dürfte ihm der Beweis darüber, daß er nicht in dolo gewesen sei, zugemutet werden."⁵⁸ Die Einführung dieser Präsumtion erscheint vom Feuerbach'schen Standpunkt aus allerdings als wenig folgerichtig.

In den späteren Auflagen seines Lehrbuchs ließ Feuerbach die Präsumtion in ihrer allgemeinen Form fallen, und verband sie mit dem Begriff der Zurechnungsfähigkeit.⁵⁹ Daß er die These der allgemeinen Doluspräsumtion aufgab, lag daran, daß das Bestreben nach einer Zulassung des Indizienbeweises immer stärker wurde. Als die Ermessensfreiheit des Richters schrittweise immer größer wurde, blieb allmählich für die *praesumptio doli* kaum Raum mehr.

bb) Weitere Gedanken bezüglich der Vorsatzvermutung

Die *praesumptio doli* wurde auch von Kleinschrod angegriffen, wobei er jedoch Argumente vorbrachte, die noch ganz dem Feld der gesetzlichen Beweistheorie entstammten.⁶⁰ Der Autor behauptete, der Vorsatz könne nur durch das Geständnis bewiesen werden; denn die innere Einstellung zur Tat bleibt der Außenwelt solange verborgen, bis sie durch persönliche Offenbarung erkannt wird - eine klare Wirkung der gemeinrechtlichen Denkweise.

Borst vertrat die Meinung, daß die Vorsatzvermutung, wenn sie allgemein angewandt würde, dem Prinzip echten Schuldnachweises aus Indizien widerspräche.⁶¹ Er legte die Vermutung deshalb einschränkend dahin aus, daß sie erst dann Anwendung finden könne, wenn die Tat so beschaffen sei, daß der "böse Wille" unmittelbar aus ihr folge.⁶²

⁵⁷ Vgl. FEUERBACH, Lehrbuch, 1. Aufl. § 98, 3. Aufl. § 90.

⁵⁸ LIEROW, S. 86 f.

⁵⁹ Von jeder mit Verstand begabten Person nahm er an, daß sie mit den Strafgesetzen bekannt sei. Diese Regel sollte ohne Ausnahme für die Verbrechen gelten, die *juris gentium* sind, d.h. an und für sich rechtswidrige oder zumindest moralisch verwerfliche Handlungen darstellen. Vgl. FEUERBACH, Lehrbuch, 9. Aufl. §§ 86, 90; LIEROW, S. 87.

⁶⁰ Vgl. KLEINSCHROD, Grundbegriffe, § 25.

⁶¹ Vgl. BORST, in: NACrR Bd. 2(1818), S. 434 ff.

⁶² Auch TITTMANN suchte zu unterscheiden zwischen solchen Umständen der Tat, die zur Annahme des Vorsatzes berechtigten und solchen, die, wie eine besonders unglückliche Verbindung einzelner Momente und ein völlig atypischer Kausalverlauf, lediglich *culpa* vermuten lassen. Vgl. TITTMANN, Handbuch, § 94; WENING, in: Bibliothek, Teil 2, Stück 2, S. 194.

Nach Feuerbach fand die Aufstellung einer allgemeinen *praesumptio doli* keine Anhänger mehr.⁶³ So betrachtete Mittermaier die Doluspräsumption als einen Versuch, das formale, gesetzlich gebundene Beweisrecht zu durchbrechen, nicht im Sinne einer Beschränkung des Beweises, sondern einer freien Ausgestaltung desselben. Die Art und Weise, wie das Verbrechen begangen wurde, wertete er als ein Indiz für den Vorsatz des Täters.⁶⁴

3. Die Entwicklung der Gesetzgebung

Die Abkehr von der Doluspräsumption vollzog sich auf gesetzgeberischem Gebiet uneinheitlich. Die durch die Abschaffung der Folter verursachte Unsicherheit in der Beweisführung begünstigte besonders das Aufkommen von Schuldvermutungen, die einer Vereinfachung der Beweiserhebung im Rahmen bestimmter Straftatbestände dienen sollten. So wurde die Verheimlichung der Geburt als gesetzliche Beweisregel fallengelassen und statt dessen Verdachtsstrafen ausgesprochen, die auf der Grundlage jener Verfehlung aufgebaut waren. Daneben wurde die Verhehlung der Schwangerschaft zum selbständigen Verbrechen erhoben, wobei eine Sanktion meist auch dann erfolgte, wenn der Tod des Kindes nicht eingetreten war.

a) Die Constitutio Criminalis Theresiana

Obwohl als Vorbild für dieses Gesetzbuch sicherlich der Kodex von Kreittmayr diente, war die *Theresiana* dennoch in vieler Hinsicht von dessen Gedanken abgerückt. So erschien der Indizienbeweis, der in begrenztem Umfang das alte gemeinrechtliche Erfordernis der Aussage zweier Zeugen bzw. das Erfordernis des Geständnisses für die Verurteilung durchbrochen hat, wenn es sich um Vergehen leichteren Grades handelte. Es genügten in diesem Fall zur Verurteilung "unzweifelhafte, unfehlbare und überweisliche Anzeigen".⁶⁵ Es wurde aber gleich in demselben Artikel ausdrücklich betont, daß in "peinlichen Fällen, die am Leib und Leben gehen oder eine den Tod gleichende Bestrafung nach sich ziehen, niemand aus alleinigen Vermuthungen und Anzeigen, sie seyen so stark und heftig, als sie immer wollen, zum Tod oder einer dem Tod gleich zu achtenden Straffe verurteilt könne."⁶⁶

Das Verbrechen der Kindestötung gehörte natürlich zu den schwersten Delikten. Die Verheimlichung der Geburt bzw. Schwangerschaft wurde als Indiz betrachtet, konnte

⁶³ Vgl. BAUER, Lehrbuch, S. 58; WÄCHTER, Lehrbuch, § 83; KÖSTLIN, Revision, S. 330 f.

⁶⁴ Vgl. MITTERMAIER, Lehre vom Beweise, S. 65. GRÜNHUT, S. 211.

⁶⁵ Vgl. CCTh Art. 34 § 3.

⁶⁶ Vgl. den § 143 der Kriminalgerichtsordnung vom 17.6.1788, der einen ähnlichen Satz enthielt.

folglich nicht die Grundlage für eine Bestrafung bilden - ein klarer Hinweis auf die Wirkung des gemeinrechtlichen Denkens, wobei hinzukommt, daß bei Vorliegen der Indizien die Anwendung der Tortur ohne weiteres vorgeschrieben war.⁶⁷

Über "landschädliche Leute" ist auch in der *Theresiana* zu lesen, jedoch wurde ihre Bedeutung wesentlich abgeschwächt. Sie sind mit außerordentlichen Strafen belegt worden, wenn sie Ausländer waren und die Tortur ohne Ablegung eines Geständnisses überstanden hatten. Dann sollten sie als "landsgefährliche Menschen" aus den gesamten Erbländern verwiesen werden.⁶⁸

In den Vorschriften über die Schuldzurechnung ist der Gedanke der Doluspräsomption bereits kaum mehr wahrzunehmen: "Vorsatz und böser Wille kann gerade und unmittelbar und in der Folge auf eine geschehene Uebelthat gerichtet seyn. Ersteres, wenn man die Uebelthat, welche geschieht, eigends auszuüben vorhat, letzteres aber, wenn man zwar die Uebelthat, so hernach erfolgt, eigends zu begehen nicht gesinnet ist, jedoch in dem bösen Vorsatz Schaden zu thun, etwas unternimmt, woraus solche Uebelthat gemeinlich zu erfolgen pflget, oder leicht erfolgen kann."⁶⁹

Als deutlicher Fortschritt ist zu bewerten, daß der Kodex bezüglich der Präsumtionen den Gegenbeweis möglich machte, die auf diese Weise widerlegbar wurden. So konnte die Zurechnung zum Taterfolg durch die Erbringung von Gegenbeweisen abgewendet werden. Dieser Satz wird - zwar in indirekter Form - in Art. 83, § 3 formuliert: "Weswegen also die gemeine Entschuldigung eines jeden Totschlägers, daß er den Entlebten nicht umbringen, sondern nur verwunden wollte... ohne klaren Beweis oder gar augenscheinlichen Wahrzeichen und Rechtsbehelfen zu Enthebung von der ausgesetz-ordentlichen Todesstrafe nicht anzunehmen ist." Der Gegenbeweis konnte "natürlich" immer noch nicht im Rahmen richterlicher Beweiswürdigung angewandt werden, sondern erfolgte nach den gesetzlichen Beweisregeln.

Die *praesumptio doli* erschien zwar nicht mehr in jener Schärfe, wie sie im CJBC zum Ausdruck gekommen war, die Entwicklung vollzog sich jedoch langsam: Auch die weiteren Gesetzbücher haben in Österreich Doluspräsomtionen beibehalten.⁷⁰

b) Das preußische Allgemeine Landrecht

Das ALR von 1794 ist ein gutes Beispiel für kriminalpolitische Auffassungen und Tenden-

⁶⁷ Vgl. CCTh Art. 87 § 37.

⁶⁸ Vgl. CCTh Art. 28 § 29.

⁶⁹ A.a.O. Art. 3 § 2.

⁷⁰ Ein relevanter Tatbestand aus der *Josephina*: "Des Mords macht sich schuldig, wer einen Menschen mit tödlichen Waffen anfällt, oder sonst an ihm auf eine Art gewaltsam Hand anlegt, daß die Verwundung tödlich und der Tod des Verwundeten entweder sogleich oder auch nach einiger Zeit, ohne in der Zwischenzeit zu Stand gebrachte Heilung desselben nothwendig erfolgt." (§ 90) Doluspräsomtionen befinden sich auch in den Strafgesetzbüchern von 1803 (§§ 1, 413) und 1852 (§ 1).

zen gegen Ende des 18. Jahrhunderts, dessen Strafrecht beherrscht war von den Resten gemeinrechtlichen Denkens und den vorwärtsdrängenden Ideen des aufgeklärten Absolutismus.

ba) Die Fragen der Schuldzurechnung

Die Schuldzurechnung wird im ALR noch ganz im Sinne überlieferter Vorstellungen aufgefaßt; allerdings ist erstmalig ein Bestreben nach Systematik festzustellen. So wird ein allgemeiner Zurechnungsgrundsatz aufgestellt: "Ist die Handlung so beschaffen, daß der gesetzwidrige Erfolg nach der allgemeinen oder dem Handelnden besonders bekannten natürlichen Ordnung der Dinge notwendig daraus entstehen mußte, so wird vermutet, daß das Verbrechen vorsätzlich begangen sei."⁷¹ Die Formulierung dieser Vorschrift deutet auf eine *praesumptio doli* hin, "doch ist hier eher der Ansicht Raum zu geben - argumentiert Lierow -, daß der Gesetzgeber, der noch ganz im dogmatischen Denken des 18. Jahrhunderts befangen war, trotz des gegenteiligen Wortlautes an eine Erweiterung des Vorsatzbegriffes im Sinne des *dolus indirectus* dachte."⁷² In der Tat, wird für die Tötungsdelikte der Satz vom indirekten Vorsatz aufgestellt: "Wer sich eines zum Töten bestimmten Instrumentes auf eine tötliche Weise bedient, hat die rechtliche Vermutung, daß er die Lebensgefahr vorausgesehen habe, wider sich" (§ 813).

In § 806 wird (zwar indirekt) zum Ausdruck gebracht, daß die Person, die eine Tötungshandlung begeht, sich nicht darauf berufen kann, sie habe gar nicht die Tötung gewollt. Wenn der Tod eingetreten war, wurde dem Täter auch dieser Erfolg zugerechnet. Diese These entspricht aber durchaus der *dolus indirectus*-Lehre von Carpzow.⁷³

bb) Das Problem der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt

Im Hinblick auf die Beurteilung der Kindestötung hat das ALR eine Reihe von Schuldvermutungen aufgestellt. Es ist eine Präsumtion für die vorsätzliche Abtreibung der Frucht formuliert, wenn eine "Geschwächte" nach Verheimlichung der Schwangerschaft von einer vorzeitigen Leibesfrucht entbunden wurde (§ 935).

Die selbständige Pönalisierung der bloßen Verheimlichung der Schwangerschaft (§ 933) ist ein klarer Beweis für die Neigung zur Schuldvermutung. Diese Handlung wurde nur dann mit Strafe belegt, wenn sich im Fall eines Fruchtabgangs der Verdacht

⁷¹ ALR Teil II, Tit. 20, § 17. Als einzige Ausnahme von diesem Grundsatz galt die Bestimmung des § 541, wonach der Vorsatz bei Ehrenkränkung nicht vermutet wurde.

⁷² LIEROW, S. 99 f. Vgl. KÜSSNER, GA 3(1855), S. 32 ff.

⁷³ Vgl. KRIES, Lehrbuch, S. 37 f. Aus dem Umstand, daß den Totschläger in diesem Fall die ordentliche Strafe treffen sollte, ergibt sich die Folgerung, daß der Gesetzgeber hier nicht an eine *praesumptio doli* dachte, sondern an den *dolus indirectus*; Nach dem ersten Grundsatz nämlich hätte nach dem gemeinen Recht nur auf die außerordentliche Strafe erkannt werden können.

einer vorsätzlich begangenen Abtreibung nicht bestätigt hatte. Der Tatverdacht war natürlich mit diesem negativen Ergebnis noch nicht beseitigt, und es erfolgte eine Strafe, die aus heutiger Sicht als eine Verdachtsstrafe betrachtet werden kann.⁷⁴

Die Androhung einer Verdachtsstrafe erscheint auch im § 956, wonach die Gebälerin einer unzeitigen Leibesfrucht mit einer 6-10-jährigen Zuchthausstrafe belegt wird, wenn sie sich einer vorsätzlichen unnatürlichen Behandlung ihres Kindes verdächtig macht. Sowohl die massive Schuldvermutung als auch die damit verbundene Weltanschauung wird durch die Bestimmung sichtbar: "Hat die Geschwächte ihre Schwangerschaft zwar entdeckt, aber dennoch ihre Niederkunft verheimlicht, und ist das totgeborene oder 24 Stunden nach der Geburt verstorbene Kind ohne kirchliches Begräbnis weggeschafft worden, so ist eine sechsmonatige Zuchthausstrafe verwirkt" (§ 949). Der Gesetzgeber hat das eigentliche schuldhaft Verhalten nicht bestimmt, sondern begnügt sich mit der Festlegung, daß das bloße Wegschaffen des Kindes ohne kirchliches Begräbnis ein Indiz für eine strafwürdige Handlung ist.

c) Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813

Während das preußische ALR noch ganz im Geist des aufgeklärten Absolutismus Friedrichs des Großen, zugleich in der gemeinrechtlichen Denkweise verwurzelt war, und so auf die Rechtsauffassung des 18. Jahrhunderts aufbaute, spiegelt das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 schon in vieler Hinsicht die liberale Weltanschauung des 19. Jahrhunderts wider. Präsumtionen - Schuldvermutungen - Verdachtsstrafen sind jedoch immer noch in zahlreichen Varianten vorhanden.

ca) Das Problem des Schuldnachweises

Das Gesetz stellt eine allgemeine *praesumptio doli* auf, indem wider eine Person bei einer erwiesenen gesetzwidrigen Tat gesetzlich angenommen wurde, daß sie mit rechtswidrigem Vorsatz gehandelt habe, sofern sich nicht aus besonderen Umständen die Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit des Gegenteils ergebe. Es wird hier eigentlich vermutet, daß der Täter den Inhalt seiner Tat auch erkannt und gewollt habe.⁷⁵

Man kann eine zweite Präsumtion im Art. 44 finden, deren Formulierung kaum Platz für eine Widerlegung läßt. Wenn demnach jemand eine vorsätzliche Handlung

⁷⁴ Vgl. LIEROW, S. 102.

⁷⁵ Die Bedeutung dieser Präsumtion wird in den Anmerkungen des Gesetzes erklärt: "Von einem jeden Menschen, dem eine Handlung zugerechnet werden kann, muß man als gewiß annehmen, daß er wollte, was er in einem zurechnungsfähigen Zustand getan hat. Ein vernünftiges Gesetz muß also von demjenigen, welcher eine rechtswidrige Handlung auf eine zurechnungsfähige Art begangen hat, auch bis zum Beweis des Gegenteils annehmen, daß er die Absicht hatte, sie zu begehen, also, daß er mit rechtswidrigem Vorsatz gehandelt habe. Der Satz »dolus non praesumitur« muß also dem stärkeren weichen, daß derjenige, der rechtswidrig handelt, auch aus rechtswidrigem Vorsatz gehandelt habe." Anmerkungen zum § 43, Bd. 1, S. 144.

begangen hat, so sollte der Erfolg als beabsichtigt gelten, wenn er nach allgemeiner Erfahrung oder auch der speziellen Kenntnis des Täters aus der Handlung unmittelbar und notwendig, also gewöhnlich zu entstehen pflegte.

Im Art. 41 wird eine Vermutung scheinbar als *praesumptio iuris et de iure* aufgestellt: Der Erfolg wird dem Täter dann zugerechnet, wenn aus der Handlung ebenso leicht ein schwereres wie ein leichteres Verbrechen entstehen konnte, und dabei der "schwerere Erfolg" eingetreten war.⁷⁶

Ein Zeichen für den Fortgang der Entwicklung ist, daß die Person des Richters mehr und mehr in den Vordergrund rückte. Zwar wurden Präsumtionen aufgestellt, doch waren praktisch alle widerlegbar, und in ihrer Beurteilung spielte der Richter eine entscheidende Rolle. Dieser Gedanke wird in den Anmerkungen mit den Worten herausgehoben: "Die Richter sind angehalten, alle Umstände, wie sich dieselben vor, bei und nach der Tat zeigten, die angewandten Mittel und die Art ihres Gebrauchs verglichen mit dem Erfolg, die nach allen Verhältnissen der Zeit, des Orts und der Personen wahrscheinlichen Absichten des Handelnden, also die Tat nach der äußeren Erscheinung in ihrem vollständigen Zusammenhang nach allen Umständen und Verhältnissen, abzuwägen, um hiernach das Dasein, die Stärke und den Umfang des rechtswidrigen Vorsatzes mit juristischer Schärfe abzumessen."⁷⁷

Ein sehr wichtiger Gesichtspunkt ist auch, daß Art. 44 nicht vorschreibt, allein der Beschuldigte selbst habe seine Unschuld zu beweisen - eine eindeutige Schuldvermutung ist hier nicht mehr festzustellen.⁷⁸ Die Doluspräsumtionen bezüglich des Schuldnachweises sind also auf Grund der richterlichen Prüfungspflicht in ihrer Wirkung stark abgeschwächt worden.⁷⁹

cb) Schuldvermutungen zum Tatbestand der Kindestötung

Es scheint, das Verbrechen der Kindestötung (und ihre Vorbereitungshandlungen) war eine zu schwere Probe für den Gesetzgeber, der in der Beurteilung dieses Delikts unfähig war, den klaren, rationalen Geist des 19. Jahrhunderts durchzuführen. Lierow schreibt es treffend in seiner Dissertation: "Mit den Kindstöterinnen ging das bayerische Strafgesetzbuch nicht mehr so scharf ins Gericht wie der Codex Juris Bavarici Criminalis. Trotzdem blieb das Gesetz auf diesem Gebiet noch ganz im Bereich der gemeinrechtlichen Doktrin stecken und entwickelte aus dem Indiz der »Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt« teilweise Schuldvermutungen, teilweise auch Verdachtsstrafen im Sinne des

⁷⁶ Die Anmerkungen lassen trotzdem erkennen, daß mit Rücksicht auf Art. 44 auch hier eindeutige Beweise des Gegenteils die Präsumtion zu Fall bringen können. Vgl. DOLLMANN, S. 30.

⁷⁷ Anmerkungen, Bd. 1, S. 153.

⁷⁸ Vgl. OSENBRÜGGEN, Abhandlungen, Bd. 1, S. 165 f.; GRÜNHUT, S. 211; LIEROW, S. 105 ff.

⁷⁹ Diesen Umstand haben auch einige Kritiker des Gesetzes erkannt. Vgl. OERSTEDT, S. 120; GLASER, Beiträge, S. 49 Anm.

Preußischen Allgemeinen Landrechts.⁸⁰

So nach Art. 163, wenn die "lebendige Geburt und Vollständigkeit des Kindes", auch daß dasselbe keines natürlichen Todes gestorben, nur bis zur Wahrscheinlichkeit ermittelt, und die Mutter des bösen Vorsatzes nicht geständig oder überführt ist, so ist sie wegen verheimlichter Schwangerschaft und Geburt zu bestrafen. Lierow meint, daß hier ausdrücklich nichts präsumiert wurde, "und bestraft wurde nur die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt."⁸¹ Wir sind aber der Ansicht, daß genau die selbständige Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft eine Präsumtio deutlich macht. Hinter dieser Vermutung stand nämlich die Überzeugung, daß die Verhehlung jenen Zustandes in Wirklichkeit nicht an und für sich strafwürdig ist, sondern deshalb weil dadurch ein eventueller Kindesmord vorbereitet wird.

Eine scheinbar unwiderlegbare Präsumtion enthält Art. 165, der lautet: "Wenn die heimliche Geburt des lebendigen Kindes vollständig erwiesen ist und das Kind nicht gefunden wird, so ist die Mutter mit 8-12-jährigem Zuchthaus zu bestrafen." Obwohl nicht gerade *expressis verbis*, so kann doch aus der Härte der Sanktion gefolgert werden, daß der Gesetzgeber eine vorsätzliche Tötungshandlung vermutet hat.⁸²

⁸⁰ LIEROW, S. 107.

⁸¹ Vgl. LIEROW, S. 108; MOHR, S. 192. MOHR vertritt die Ansicht, daß der Gedanke einer Schuldvermutung erschwerend hinter dem angeführten Artikel steht.

⁸² Weitere Schuldvermutungen erscheinen in Art. 169, 234. Vgl. OSENBRÜGGEN, S. 167; MOHR, S. 192.

5. (Paradigmatisches) Kapitel

Die Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt als praktisches Beispiel einer Verdachtsstrafe

Die Problematik der Verdachtsstrafe kann besonders plastisch anhand eines konkreten Delikts erläutert werden; anhand eines Delikts, dessen Tatbestand sämtliche wesentlichen Kriterien enthielt, die für eine Verdachtsstrafe damals notwendig waren.

Die Verheimlichung der Schwangerschaft und/oder der Geburt ist in der Aufklärungszeit und darüber hinaus bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts ein meistens selbständig pönalisierter Tatbestand der deutschen (bzw. österreichischen und schweizerischen) Gesetzbücher gewesen. Der typische Fall war der, daß eine unverheiratete Frau ihr Kind heimlich zur Welt bringt (und zuvor auch ihre Schwangerschaft - nicht zwingend, aber sehr oft - verheimlicht hatte), und das Kind später tot gefunden wird. Die Mutter leugnet natürlich in der Regel, daß sie das Kind getötet habe. Die Art und Weise des Todes des Neugeborenen ist im Kriminalprozeß fast nie mehr festzustellen; es läßt sich also nicht mit Gewißheit feststellen, ob überhaupt eine (zumindest fahrlässige) Tötung geschehen ist.¹ Diese Frage ist und war nicht zuletzt ein medizinisches Problem. Die Problematik der Entscheidung über die mögliche bzw. wahrscheinliche Todesursache eines Säuglings zeigt sich in einem Berliner ärztlichen Fachgutachten (1816): "In jedem Fall schneller, heimlicher, d.h. in der Einsamkeit abgemachten Geburt, ist das Leben des Kindes als ein Leben nach der Geburt anzusehen. Sollte dem Richter aber ein Fall vorkommen, es ihm bei einer unter beihilfe geschehenen Geburt darauf ankäme, zu wissen, ob ein vagitus uterus Statt gefunden, und das vorher athmende und schreiende Kind todt aus den Geburtstheilen geschafft worden: so könnte hier nur die Aussage der Zeugen entscheiden."² Um die Ursache des Todes eines Neugeborenen festzustellen, standen der damaligen Kriminalmedizin nur sehr bescheidene Untersuchungsmethoden zur Verfügung, wie etwa die sog. Lungenprobe.³

Da die Entbindung im Geheimen stattgefunden hat und der Tod des Kindes auf einer Reihe von natürlichen Ursachen beruhen kann, gab es für die richterliche Ermessensfreiheit, ja Willkür einen großen Spielraum. Die Beweisführung lief noch im festen Rahmen bestimmter Beweisregeln ab, und eine Beweiswürdigung im modernen Sinne existierte noch nicht, so daß oft eine Verdachtsstrafe Anwendung fand. Es wurde zugleich

¹ Wie schwer die Beweisführung bei diesem Delikt war, zeigt eine Statistik aus Frankreich von 1893-1895: Von den wegen Kindestötung Angeklagten wurden immer noch 43,5%, bei den sonstigen Tötungsdelikten dagegen nur noch 28,8% der Angeklagten freigesprochen. Vgl. SCHWARZ, S. 245.

² Merkwürdiges Gutachten der wissenschaftlichen Deputation für das Medicinalwesen im Ministerium des Innern über zwei auf Kindermord sich beziehende Fragen, in: NACrR Bd. 1(1817), Stück 3, S. 443 f.

³ Siehe MITTERMAIER, Note II, in: FEUERBACH, Lehrbuch, S. 395, sowie Beyträge III, S. 500 ff.

eine gesetzliche Schuldvermutung (manchmal in Form einer unwiderlegbaren Präsumption) aufgestellt: Wenn eine Schwangerschaft und Geburt verheimlicht und danach das von derselben Frau geborene Kind tot gefunden wird, ist ein Kindesmord geschehen, dessen Täterin die Mutter ist.⁴ Es entsprach einer gewissen Erfahrung, daß der Tod des Kindes oft der Verbergung der Schwangerschaft und Geburt folgte. Deswegen wurde bereits die Verheimlichung eines solchen Zustandes als strafwürdige Handlung erachtet und mit außerordentlicher (Verdachts)Strafe, durch die Strafgesetzbücher sogar mit ordentlicher Strafe belegt.⁵

Die Lösung der gemeinrechtlichen Gesetzgebung und Strafrechtspflege war bezüglich der Beweisführung relativ einfach - die CCC hat mangels der Möglichkeit außerordentlicher Strafe nur eine einzige Variante gekannt: Wenn die absichtliche Verheimlichung der Schwangerschaft und/oder ebenso die "hülflöse Geburt" (bei der also die Gebärende absichtlich keine Hilfsperson zugezogen hat) erwiesen oder mindestens wahrscheinlich ist, so soll die Mutter zur Tortur gebracht werden.⁶ Die Tortur erschien aber immer weniger als geeignetes beweisrechtliches Mittel, und am Ende sollte die (präsumierte) Schuldige durch das Instrument der Verdachtsstrafe auf jeden Fall bestraft werden. Um diese Situation zu legalisieren, begann die partikuläre Gesetzgebung Vorschriften zu erlassen, wonach nicht nur der Kindesmord,⁷ sondern auch seine (eventuelle) Vorbereitungshandlung, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, strafbar war - und zwar unabhängig davon, ob das Kind tot gefunden wird. Es ist bemerkenswert, daß in der späteren Phase der Entwicklung (im 19. Jahrhundert schon durchgehend) in Deutschland nur noch die verheimlichte Geburt mit Strafe geahndet wurde.

Wie gesagt enthält das Delikt der Kindestötung in fast allen seinen Facetten Umstände, die für die Problematik der Verdachtsstrafe aufschlußreich sind. So ist neben der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt auch das letzte Moment der Begehung des Verbrechens, nämlich das Wegschaffen der (angeblichen) Kindesleiche bemerkenswert. Es geht hier im Grunde genommen um dasselbe wie bei der Verheimlichung der Schwangerschaft: Die Mutter versucht im obigen Fall das Vor-Zeichen, hier aber das Nach-Zeichen ihrer Entbindung zu verbergen. Wenn dieses Verhalten pönalisiert wird, so ist auch dies eine Verdachtsstrafe.⁸ Was beweist überhaupt diese (manchmal nur vermutete, nicht immer feststehende) Handlung? Die Antwort Mittermaiers lautet: "Dies Wegschaffen der Kindesleiche beweist nur, daß sie (d.h. die Mutter) ihre Niederkunft

⁴ Beispiele dafür: S. 182 ff. dieser Arbeit.

⁵ Meist haben die partikuläre Gesetzgebung und die *iurisdictio* zusammen dieses Verhalten mit Strafe geahndet, allerdings nicht ausnahmslos. Die Theorie war in dieser Frage geteilt. Siehe den Punkt III. diesen Kapitels.

⁶ Vgl. CCC Art. 131; GROLMAN, Grundsätze, S. 397 (§ 278), sowie S. 169 f. dieser Arbeit.

⁷ Die Bezeichnung "Kindesmord" hat eine engere Bedeutung gehabt, nämlich: Tötung eines außerehelich erzeugten Neugeborenen in oder kurz nach der Entbindung durch seine Mutter, die meistens ledig war.

⁸ Vgl. z.B. das bayerische Strafgesetzbuch (1813) Teil I, §§ 164, 165; ALR Teil II, Tit. 20, § 961.

habe verheimlichen wollen, und wer in die Lage einer Person sich setzt, welche heimlich ein todes Kind geboren hat, begreift auch, wie der Wunsch, das, was der Zufall bisher glücklich verbarg, in Zukunft verborgen zu halten, in dem Mädchen aufsteigt, und wie das Mittel den Wunsch zu erreichen, nämlich durch Wegschaffung der Kindesleiche, so nahe liegend sich darbietet.⁹ Es ist auffallend, daß z.B. Tittmann, der in der Pönalisierung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt kein besonderes Problem sah,¹⁰ zur Beantwortung dieser Frage sehr ähnlich Stellung nahm: Daß das heimliche Vergraben und Wegschaffen des Kindes an und für sich keinen Verdacht ergibt.¹¹

Es ist also festzustellen, daß die Gesetzgebung und die Strafrechtspflege (teilweise auch die Rechtswissenschaft) rund hundert Jahre lang die Verheimlichung der Schwangerschaft und noch mehr der Geburt für strafbar erachtet haben, weil diese nach ihrer Überzeugung sehr oft eine Kindestötung vorbereiteten. Sie wurden für höchst gefährliche Handlungen gehalten, die an sich zu pönalisieren seien; wenn das Kind sogar tot gefunden wurde, galt dies in besonderem Maße. Diese Epoche dauerte ungefähr von 1740 bis etwa 1848, als die alte Rechtsauffassung und Rechtsordnung schon erschüttert, eine völlig neue aber noch nicht errichtet war. Es ist eine Übergangsperiode gewesen, in der die Anzahl der Verbrechen der Kindestötung überdies wesentlich zugenommen zu haben scheint; so versuchte die Kriminalpolitik alles zu tun, diesen Mißstand zu vermindern. Wie sich später herausgestellt hat, blieb der Erfolg gering.

Etwa seit Ende des 17. Jahrhunderts sehen wir nun die Kindestötung allgemein in Deutschland Gegenstand einer verstärkten Reaktion werden. Einige Anlässe aus der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, eine große Anzahl aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts zeigen strafrechtliche und administrative Vorschriften, die speziell diesem Delikt begegnen sollen. Während z.B. die Stadt Nürnberg im 17. Jahrhundert in dieser Angelegenheit gar kein Dekret erlassen hat, ergingen nur zwischen 1702 und 1733 sieben Verordnungen.¹² Die zunehmende Rigorosität (sogar Grausamkeit) der Strafrechtspflege ist sehr gut auch an der Strafart zu beobachten: In Bayern war die typische Strafe bei diesem Delikt gegen Ende des 17. Jahrhunderts nach einem Erlaß vom 21. April 1684 noch das Schwert,¹³ der CJBC spricht aber schon im Zusammenhang damit über "Schw-erd und glühenden Zangenriß".¹⁴ Auch Friedrich Wilhelm I. hatte in Preußen durch das Edikt vom 30. August 1720 für den Kindesmord die alte, schreckliche Todesstrafe der

⁹ MITTERMAIER, Verheimlichung II, S. 601.

¹⁰ Siehe den Punkt III/1/b) diesen Kapitels.

¹¹ Vgl. TITTMANN, Handbuch, S. 590.

¹² Vgl. BODE, S. 30 ff. Über die Anzahl der Hinrichtungen wegen Kindsmordes in den Städten Augsburg, Danzig, Frankfurt, LV Kyburg (Schweiz), Memmingen, Nürnberg, Ulm siehe DÜLMEN, S. 61-70.

¹³ Sammlung, Bd. 3(1788), Teil 1, Nr. CX.

¹⁴ Vgl. CJBC Teil 1, Kap. 3, § 17.

"Säckung"¹⁵ wieder eingeführt, um "zu versuchen, ob die härtere Bestrafung den ruchlosen Gemütern einen Schrecken einjagen möge". Drei Jahre später erging ein weiteres Edikt, auch über den Kindesmord.

Es ist zweifelhaft, ob es im 17. und 18. Jahrhundert tatsächlich eine Zunahme der Häufigkeit dieses Verbrechens gab. Sicher ist aber, daß eine solche angenommen wurde.¹⁶ Die Gedanken der Aufklärungszeit haben keinen raschen Durchbruch in der Beurteilung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt mit sich gebracht. Es gab unter anderem einen lebhaften wissenschaftlichen und literarischen Streit darüber, ob die Todesstrafe zumindest im Falle der Kindestötung abgeschafft werden solle - mit minimalem Erfolg. Als wichtiges Moment ist hervorzuheben, daß die Todesstrafe auch religiös verankert war und insbesondere das alte Testament einen erheblichen Einfluß hatte. Dies ist ein deutliches Beispiel dafür, daß bis zum Heranreifen der Ideen der Aufklärung entwicklungsorientierte Anschauungen untypisch waren. Man sah kein Problem darin, die Ideen und Vorschriften eines altertümlichen (im wesentlichen religiösen) Werks in der Praxis durchzuführen.¹⁷

Die Humanisierung des Strafrechts in der Aufklärungszeit rückte den Gedanken der Spezialprävention in den Vordergrund. In der Wissenschaft gelangte die Spezialprävention gegen Ausgang des 18. Jahrhunderts in den Systemen von Stübel, Grolman, Tittmann, Kleinschrod u.a. zur Herrschaft.¹⁸ Es wurde erkannt, daß starke und überraschende Versuchungen, Furcht und Schrecken, mangelhafte Erziehung und Reife die innere Entschlußfreiheit beeinträchtigen. Je mehr physische und moralische Hindernisse umgekehrt einer Handlung entgegenstanden, um so größer muß der "böse Wille" sein, der sie alle überwand. Dies ging einher mit einem grundlegenden Wandel, als dessen Ergebnis nicht nur die Gesichtspunkte der Handlung und ihrer Umstände in Betracht kamen, also die objektive Seite des Verbrechens, sondern man versuchte, auch den Angeklagten, dessen innere Welt, Motive, Umstände, physischen-psychischen Zustand zu erfassen. So inkonsequent das Zusammensetzen der Tat aus Determinismus und Indeterminismus ist, so verständlich ist es in einer Zeit, die, nachdem frühere Generationen im (angeblichen) Verbrecher nur das Fremde, den "Bösewicht" gesehen hatten, angefangen hat, ihn - den Menschen - zu verstehen.

¹⁵ Siehe S. 197, Fn. 32.

¹⁶ Auch die neuere Rechtsliteratur wird in dieser Frage durch eine Ungewißheit geprägt: "Begegnet uns im 17. und 18. Jahrhundert allenthalben die Klage über die - angebliche oder wirkliche - Zunahme und Häufigkeit dieses Verbrechens, so ist jedenfalls in der neueren Zeit die Zahl der wegen Kindestötung Verurteilten ständig gesunken." BLANKE, S. 8; "Eine vollständige Erklärung ist derzeit nicht zu leisten." DÜLMEN, S. 72; vgl. SCHWARZ, S. 41 ff.; Ein Autor aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: "Kein Kapital-Verbrechen wird so oft verübt und zur strafrechtlichen Ahndung gezogen, als das Verbrechen des Kindermordes." GANS, S. III.

¹⁷ Vgl. SCHWARZ, S. 66 ff.

¹⁸ Vgl. GRÜNHUT, S. 32-57.

I. Gesetzgeberische Tätigkeiten

Es geht hier natürlich nicht nur um Gesetzbücher, sondern auch um Verordnungen, die das Delikt der Kindestötung betrafen. Diese kurzen, knappen Rechtsquellen sind besonders geeignet gewesen, sich mit einer konkreten Angelegenheit der Kriminalpolitik zu beschäftigen. Der "Kindsmord" gab dafür einen besonderen Anlaß.

So ist dieses Delikt zum Beispiel in Kurpfalz-Bayern seit Ende des 17. bis zum ausgehenden 18. Jahrhundert - ähnlich wie in der Stadt Nürnberg - durch eine Reihe von Verordnungen geregelt worden. Die erste Verordnung erging am 21. April 1684 gegen "die Weibspersonen, welche in Unzucht geschwängert werden, nicht allein ihre Schwängerung bößlich verhalten, und verlaugen, sondern auch ihre Kinder heimlich gebähren, und gefährlicher Weiß an heimliche Orte verlegen, oder fallen lassen, und so ste nachmals, da derselben Kinder todt gefunden worden... alles boshaftig hindurch laugen."¹⁹ Wenn also eine solche "allergrausamste, unmenschlichste Mutter" vorkäme, die "ihre Schwängerung verhehlet, williglich ihr Kind allein gebähret, und hinnach in heimlich Ort, damit sie dessen abkommt, von sich legt... mit dem Schwerd vom Leben zum Tod hingerichtet werden solle, davor sich eine jede Weibsperson zu hüten weiß."²⁰ Die nächste Verordnung vom 12. Dezember 1687 wies den Bannrichter an, "wann die Todesstrafe statt haben sollte, die verstrickte entweder gütlich oder mittels der Tortur bekennen müsse, daß das Kind in der Geburt lebendig gewesen."²¹ Die folgenden Erlasse (vom 7. April 1728; 29. Dezember 1738; 21. Januar 1739; 23. Juni 1774) wiederholen im wesentlichen bloß die Vorschriften der ersten. Die letzte Quelle im 18. Jahrhundert (vom 14. Dezember 1793) betont im Grunde nur, daß ein noch größeres Gewicht auf die Bekanntmachung der Verordnung von 1684 gelegt werden soll.²²

Zusammenfassend: Sämtliche Verordnungen in Kurpfalz-Bayern bezogen sich auf den Fall, daß ein Neugeborenes tot gefunden wird, und entweder vermutet oder "bewiesen" (z.B. durch Tortur) ist, daß die Beschuldigte die Mutter ist, und daß das Kind zumindest in der Geburt noch gelebt hat. Soviel genügte zum Todesurteil - obzwar die fürstliche Gnade manchmal das Leben der "Mörderin" geschont hat.²³ Obwohl die Todesstrafe (Schwert) durch mehr als hundert Jahre lang unverändert blieb, ging es aber nicht um die selbständige Pönalisierung der Verheimlichung der Schwangerschaft oder Ge-

¹⁹ Sammlung, Bd. 3(1788), Nr. CX, S. 113 f.

²⁰ Ebd. S. 114.

²¹ Ebd.

²² Sammlung, Bd. 5(1797), Nr. LXV, S. 30 f. WÄCHTERSCHÄUSER erwähnt diese Verordnung als eine, die auf die selbständige Strafbarkeit der verheimlichten Niederkunft hinweist; meines Erachtens aber enthält diese Rechtsquelle keinen solchen Hinweis. Vgl. WÄCHTERSCHÄUSER, S. 138.

²³ Vgl. Verordnung vom 23. Juni 1774, in: Sammlung, Bd. 3, S. 115.

burt.²⁴ Wie die Praxis aussah, ist nun eine andere Frage. Die Prävention war in der Betonung der Wichtigkeit der Bekanntmachung der "Grundverordnung" von 1684 erschöpft, ohne wirkliche Vorbeugemaßnahmen zu treffen.

1. Der Codex Juris Bavarici Criminalis

Der nennenswerte Kreittmayrsche CJBC (1751) erwähnt die verheimlichte Geburt völlig im Geist der Schuldvermutung: "kommt eine ledige Weibsperson heimlich nieder, und wird das Kind tod gefunden; so soll sie mit der Entschuldigung, ob seye das Kind schon tod von ihr gegangen, oder in der Geburt kein Leben an ihm zu verspüren gewesen, nicht angehört, sondern für eine Kindsmörderin gehalten, und mit dem Schwerdt am Leben bestraft werden."²⁵ Es ist dazu zu bemerken, daß die "einfache" Schwertstrafe als eine verhältnismäßig milde Sanktion galt, da beim *parricidium* normalerweise - im Falle der Frauen - mit Schwert und glühendem Zangenriß (unterwegs zur Richtsstätte) gestraft werden mußte.²⁶ Die selbständig pönalisierte heimliche Niederkunft hat der Gesetzgeber stillschweigend als ein privilegiertes Delikt, ihre Strafe als ordentlich betrachtet. Worauf schon aufmerksam gemacht wurde, ist, daß das Tatbestandsmerkmal, ob das Kind tot gefunden wird, sehr wichtig war, denn es folgt: "Wann das Kind nicht tod gefunden wird, und gleichwohl genugsame Anzeigen der Niederkunft vorhanden seynd, so kommt es nach Maßgab des 2ten Theils 3ten Cap. 4ten §vi auf die Visitation und im Fall des Laugnens auf die Tortur an, weil zu vermuthen ist, daß das todte Kind auf die Seite geraumt worden."²⁷ Dieser Paragraph macht zugleich auch deutlich, daß die Schuld der Angeklagten in der damaligen Gerichtspraxis und Gesetzgebung als selbstverständlich vorausgesetzt worden war. Die Last und die Folgerungen des Beweises mußte der Inquisit auf sich nehmen. Diese Schuldvermutung war in der Tat im CJBC eine *praesumptio iuris et de iure*; es reichte aus, festzustellen, daß die Geburt "verhehlt" und dann das Kind tot gefunden wurde. Die Mutter als Inquisit hatte praktisch keine Chance, ihre Unschuld zu beweisen. Auch der Verfasser des Kodex, Kreittmayr, fügte wortkarg in seinem *Compendium codicis bavarici* hinzu: "Ledige Weibspersonen, welche heimlich niederkommen, werden jure statutorio als Kindsmörderinnen zum Schwerd verurtheilt, wann das Kind tod

²⁴ Dagegen interpretiert WÄCHTERSCHÄUSER einige Bemerkungen der Verordnung vom 14. Dezember 1793 als Formulierung der selbständig pönalisierten Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt; vgl. S. 138.

²⁵ CJBC Teil 1, Kap. 3, § 21. Dazu merkt LIEROW an: "Die unwiderlegliche Schuldvermutung, welche in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommt, ist eine Dokumentation dafür, daß der Inquisitionsprozeß seit dem Inkrafttreten der Carolina einen Weg zu immer größerer Härte gegangen war." S. 74.

²⁶ Wie auch die Strafe selbst zeigt, geht es hier um eine Verdachtsstrafe, da sie nach der gemeinrechtlichen Rechtsauffassung nie so hart wie eine normale Strafe sein konnte.

²⁷ Anmerk. über den CJBC von einem anonymen Autor, München 1752, Teil 1, Kap. 3, § 21 b.

ist.²⁸ Die Möglichkeit, daß z.B. das lebendig geborene Kind wegen organischer Mängel gestorben sei, blieb völlig außer Betracht.

Es ist auffallend, daß das Moment der Verheimlichung der Schwangerschaft in dem Kodex völlig fehlt. Nach dem gemeinen Recht ergibt sich aus der heimlichen Niederkunft nur eine Präsumtion, welche höchstens ein *indicium ad torturam* ausmacht (wenn sie nicht in ausreichendem Maße widerlegt werden kann), aber zur Verurteilung ohne Geständnis des mutmaßlichen Kindsmords nicht hinreicht - nach dem Charakter der Handlung kann nämlich der Zeugenbeweis normalerweise nicht in Frage kommen. Und eben darin ist die größte beweisrechtliche Schwierigkeit der Carolina zu sehen: Im gesetzlichen Beweissystem konnte der "gemeinrechtliche" Richter den Täter als überführt ansehen, was entweder durch zwei Zeugnisse oder durch sein Geständnis bekräftigt wurde. Bei der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt ist die erste Variante meist ausgeschlossen. Wenn es aber auch nicht gelang, durch die "peinliche Frage" ein entsprechendes Bekenntnis zu erpressen, so erfolgte prinzipiell der Freispruch. Die CCC kannte eigentlich die *poena extraordinaria* überhaupt nicht, die Praxis und die Rechtswissenschaft (vor allem durch die Tätigkeit von Carpzow) haben sie jedoch - auch im Sinne der Verdachtsstrafe - entwickelt.

Der CJC ist noch überwiegend vom gemeinen Recht geprägt, die Wirkung der fortschrittlichen Rechtsauffassung der Wissenschaft aber ist auch schon spürbar. Die *generalia* vom Jahre 1684 und 1728 in Bayern, wie auch die oberpfälzische Malefizordnung erfordern neben der heimlichen Niederkunft auch die Verhehlung oder Ableugnung der Schwangerschaft und die Vertuschung des Kindes *ad poenam gladii*. Der Kreittmayrsche Kodex verlangt nur noch die heimliche Geburt und abstrahiert von allen übrigen, "weil man allzuschwer befunden hat, ein Weibsbild dahin zu obligiren, daß sie selbst ihre Schwangerschaft, welcher sie wohl oft ohne ihr Verschulden durch Kranckheit, oder in anderweg entlediget werden kan, zu ihrer grossen Schand und Prostitution vor der Zeit eröffnen und solcher gestalt gleichsam ihr selbstige Anklägerin seyn solle."²⁹ Es ist klar und sehr modern, daß Kreittmayr die Absurdität der Selbstanzeigespflicht ganz genau gesehen hat. Die Regelung ist also in dieser Hinsicht zugunsten der Frauen abgeändert worden.

Diese Beurteilung der Problematik war zu jener Zeit im deutschen Rechtsgebiet fast allgemein. In der Rheinpfalz wurde in der Neuauflage des Landrechts im Jahre 1700 der Titel 22 des 5. Teils, der ursprünglich lediglich die Aussetzung des Kindes behandelt hatte, erweitert: Bei verheimlichter oder gar geleugneter Schwangerschaft und bei totem Kind soll die Mutter, die kein Zeugnis oder anderen ausreichenden Anschein für die Totgeburt beibringen kann (was eine klare Schuldvermutung darstellt), "als eine Kinds-

²⁸ *Compendium, Codex criminalis*, Pars I, Cap. 3, § 17 bis 23.

²⁹ Anm. a.a.O. § 210.

mörderin, vom Leben zum Tode verdammt und gebracht" werden.³⁰ Auch in Nassau-Saarbrücken gebot noch die Landesordnung vom 24. Februar 1764, "daß alle außerhalb der Ehe geschwängerten Weibspersonen, wenn sie ihre Schwangerschaft oder gar ihre Niederkunft verheimlicht haben, die Geburt aber hiernächst todt erfunden wird, unbetrachtet aller Entschuldigungen, als wirkliche Kindsmörderinnen angesehen werden, und die Strafe des Schwerdts unnachlässig gewärtigen sollen."³¹

2. Das preußische Edikt von 1765

Friedrich der Große hat seinen Namen auch in die Rechtsgeschichte seiner Heimat eingepreßt. Neben der Abschaffung der Folter und Einführung einer Reihe humaner Strafmethoden³² hat er ein "Edikt wider den Mord neugeborener unehelicher Kinder usw. vom 8. Februar 1765" herausgegeben. Das Phänomen der Kindestötung blieb ein Problem auch in Preußen, obwohl schon im Jahre der Thronbesteigung Friedrichs des Großen eine erhebliche Humanisierung in Kraft getreten war, indem die Strafart des gemeinen Rechts im Falle des obigen Verbrechens - die "Säckung"³³ - allgemein durch die Schwertstrafe ersetzt wurde.³⁴ Auch der aufgeklärte König selbst war der Meinung,

³⁰ Auch die Bezeichnung "Kindsmörderin" hat eine eigene Geschichte, und es wird dadurch sehr schön illustriert, wie langsam nur die qualifizierte Kindestötung zum privilegierten Delikt umgewandelt werden konnte. Den Ausdruck "Kindermord" benutzt auch noch das preußische Strafgesetzbuch von 1851; er wurde erst im Strafgesetzbuch von 1871 aufgegeben.

³¹ Zitiert bei MEISTER, Bemerkungen, Dec. LVIII.

³² Vgl. CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 444 ff.

³³ Die Strafe der sog. Säckung (*poena culei*) im Zusammenhang mit der Kindestötung hat eine lange Geschichte. Die Kindestötung ist im römischen Recht sowie im italienischen Recht des ausgehenden Mittelalters bloß als Fall der Verwandtentötung (*parricidium*) betrachtet worden. Die germanischen Volksrechte, mit Ausnahme der *lex visigotorum*, erwähnen sie als solche noch nicht. Auch mehrere nordgermanische Rechte, die die Tötung des Kindes durch dessen Mutter berühren, ahnden sie dementsprechend mit einer geringeren Strafe. Vgl. WILDA, S. 728, Anm. 1; HIS, S. 122. Die Schärfe der strafrechtlichen Beurteilung dieses Übels hat zwar mit der Ausbreitung des Christentums bzw. des kanonischen Rechts (wobei es als zusätzliche Schuld angenommen wurde, daß das Neugeborene starb, ohne die Taufe empfangen zu haben) wesentlich zugenommen, doch die *poena culei*, das Ertränken in einem Sack mit Hund, Affen, Hahn und Schlange, war auch der *Carolina* noch ganz unbekannt. Sie wurde allerdings wenig später aus dem römischen Recht rezipiert, wo sie unter AUGUSTUS und HADRIANUS, vor allem aber seit CONSTANTINUS die Strafe der Ascendententötung war. Vgl. MOMMSEN, S. 646 ff. Namentlich seit CARPZOW wurde nun vielfach angenommen, daß unter Ertränken im Sinne des Art. 131 der *Carolina* die *poena culei* zu verstehen sei. Vgl. CARPZOW, Qu. 9 Nr. 25 f. Diese enorm grausame Strafe gegen die nicht selten unschuldigen Mütter ist allmählich aus der Praxis verschwunden, und wurde vom Schwert ersetzt.

³⁴ Wie gesagt (siehe Fn. 15), hat nach den Quellen die Anzahl der Kindestötungen in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts radikal zugenommen; die "Säckung" oder aber Schwertstrafe verschärft durch Zwicken mit glühenden Zangen war auch in der Stadt Nürnberg, wobei das Ertränken (im Sack, jedoch ohne Tiere) schon ab (Fortsetzung...)

das Übel der Kindestötung mit strafrechtlichen Mitteln bewältigen zu können.³⁵

In den Fällen, in denen die mörderische Absicht der Mutter, bzw. der Mord nicht als bewiesen anzusehen war, wurde die Todesstrafe abgeschafft. So das Edikt:

"Staupenschlag und lebenswierige Vestungs-Arbeit, alsdann erkannt werden soll;

1. Wenn die Mutter zwar des Kinder-Mords ueberfuehrt, solchen aber nicht bekennen will und zweifelhaft ist, ob das Kind nicht schon vor der Geburth todt gewesen.

2. Wenn die dem Kinde angethane Gewalt offenbar, die Mutter aber solche nicht an sich kommen lassen will und doch keine andere glaubwuerdige Ursach davon anzugeben vermag; und endlich

3. wenn bey ermangelnder Ueberfuehrung des Kinder-Mords, die Mutter ihr neugebohrnes Kind vor denen Augen des Gerichts verbirget."³⁶

Die bloße Verheimlichung der Entbindung soll nach dem Edikt, wenn das Kind am Leben bleibt, mit sechs-, wenn es aber tot zur Welt kommt, oder in bzw. kurz nach der Geburt verstirbt, mit zehnjähriger Zuchthausstrafe belegt werden. Der Gesichtspunkt der Erfolgshaftung wird an diesem Beispiel schwerpunktmäßig deutlich.

3. Das preußische Allgemeine Landrecht

Das ALR für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794, bei dessen Abfassung - bezüglich des strafrechtlichen Teils - Ernst Ferdinand Klein eine herausragende Rolle gespielt hat, beschäftigt sich auch ausführlich mit dem Problem der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt.³⁷ Der gesetzliche Tatbestand, die Verheimlichung der Schwangerschaft und/oder Geburt, gliedert sich in vier Varianten.

³⁴(...Fortsetzung)

1580 nicht mehr angewendet wurde, durch das Dekret vom 12. August 1702 vorübergehend wieder eingeführt worden. Dasselbe Dekret hat die bloße Schwangerschaftsverheimlichung, ohne daß das Kind dabei zu Schaden kommt, mit "empfindlichen Leibesstrafen" geahndet. Im Sinne des Dekrets vom 16. Juni 1733 sollte die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nach auswärtigem Vorbild mit 2 bis 3 Monaten Zuchthaus, im Wiederholungsfalle mit schimpflicher Verweisung bestraft werden. Kam noch heimliche Geburt hinzu, so trat Pranger und Landesverweisung ein. Vgl. BODE, S. 26 ff.

³⁵ Im Prolog des Edikts heißt es: "Nachdem seit einiger Zeit das Verbrechen, da Weibspersonen ihre unehelich neugeborne Kinder mit boesem Vorsatz, oder durch Verwahrlosung, so aus Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt veranlassen wird, um das Leben bringen, haeufiger als jemals geworden, als werden wir in die Nothwendigkeit gesetzt, diesem Uebel durch ein geschaerftes Edict zu steuern."

³⁶ Summaria des Edikts, 6.

³⁷ Siehe ALR Teil II, Tit. 20, §§ 933-964; Vgl. MITTERMAIER, Fn. 8. zum Zusatzparagraph 238 a, in: FEUERBACH, Lehrbuch, S. 399 f.

a) Die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft

Das Gesetz geht davon aus, daß eine "geschwächte Weibsperson", welche die Entdeckung ihrer Schwangerschaft gegenüber den Eltern oder Vormündern, Dienstherrschaften, Hebammen oder Obrigkeit länger als vierzehn Tage, nachdem sie dieselbe zuerst wahrgenommen hatte, verheimlicht, "macht sich einer strafbaren Verheimlichung der Schwangerschaft schuldig und wegen aller daraus entstehenden nachtheiligen Folgen verantwortlich."³⁸ Und die Folgen waren durchaus nicht mild.

Es galt als entscheidender Gesichtspunkt, ob die Leibesfrucht, die den Gerichten ohnehin binnen 24 Stunden nach der Entbindung vorzuzeigen war, 30 Wochen alt gewesen ist. Hat die Mutter unterlassen, das Neugeborene vorzuzeigen, war aber dasselbe noch nicht 30 Wochen alt, mußte mit einer sechsmonatigen bis zweijährigen Zuchthausstrafe gerechnet werden. Im Falle, wenn sowohl das Alter der Leibesfrucht ungewiß, wie auch der Umstand, ob es tot zur Welt gekommen sei, nicht zu ermitteln war, sollte die Straferkenntnis auf eine drei- bis vierjährige Zuchthausstrafe hinauslaufen.

Die Verheimlichung der Schwangerschaft - die (nach dem heutigen Verständnis) höchstens als eine Vorbereitungstätigkeit zu einer Vorbereitungshandlung, d.h. zu der Verheimlichung der Geburt (indem dieser Umstand als eine Möglichkeit zum Kindesmord betrachtet, und deshalb mit Strafe bedroht wird) betrachtet werden könnte - wird also kraft ihrer selbständigen Pönalisierung zu einem Tatbestand einer echten Verdachtsstrafe.

b) Die verheimlichte Geburt

Es ist eine besonders wichtige Frage gewesen, unter welchen Umständen die Geburt als verheimlicht galt. Die Bestimmung des Gesetzes (§ 944) lautet wie folgt: "Die Niederkunft ist für verheimlicht zu achten, wenn zur Zeit der Geburt keine Hebamme um Beystand ersucht, und auch keine andre ehrbare Weibsperson dabey zugezogen worden."³⁹ Um den Verdacht der verheimlichten Entbindung zu vermeiden, reichte es aber, bei den eintretenden Geburtswehen um Hilfe zu rufen - vorausgesetzt, daß die Gebärende dieselbe wirklich erhalten hat. Daß im Hintergrund der Strafe der verheimlichten Niederkunft die Strafe des Verdachts stand, daß die solcherweise entbindende Frau ihr neugeborenes Kind wahrscheinlich töten will, wird daraus klar. Falls das Kind jedoch am Leben

³⁸ A.a.O. § 933; Jede Vernachlässigung einer solchen gesetzlichen Pflicht zur Anzeige der Schwangerschaft oder Entbindung war nach dem Gesetz an sich strafbar.

³⁹ Die Definition der Verheimlichung erscheint bei mehreren damaligen Kriminalisten etwa in gleichem Sinne - die Formulierung von ABEGG kann als typisch gelten: "Verheimlichung heisst hier aber wohl nicht, wenn die Mutter ihren Zustand im Allgemeinen verbirgt, was wohl zu entschuldigen ist, sondern wenn sie es gegen solche Personen thut, die durch ihr Verhältnis überhaupt oder nach den Gesetzen berechtigt und verpflichtet sind, sie zur Rede zu stellen." ABEGG, Strafrechts.-Wiss., S. 351 (§ 252).

blieb, fiel alle Strafe weg - zugleich ein Zeichen entwickelter Rechtsauffassung.⁴⁰ Das ist schon ein wesentlicher Fortschritt. Die Tatsache also, ob das Kind stirbt oder nach der Entbindung weiterlebt, wird als *differentia specifica* in diesem Kodex zum entscheidenden Tatbestandsmerkmal.

ba) Verhehlte Geburt ohne verheimlichte Schwangerschaft

Hat die "Geschwächte" zwar nicht ihre Schwangerschaft, wohl aber die Geburt verheimlicht (und wird das Kind tot gefunden), so soll dafür eine sechsmonatige Zuchthausstrafe verhängt werden. Auf den ersten Blick scheint dies eine ziemlich unwahrscheinliche Variante zu sein: Wenn eine Frau (oder ein Mädchen) ihre außereheliche Schwangerschaft monatelang nicht verborgen hat, warum sollte dies dann bei der Geburt geschehen? Es liegt natürlich auf der Hand, daß die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt der typische Fall ist. Es konnten jedoch unerwartete Umstände vorkommen, wonach eine ihre Schwangerschaft ohne Furcht tragende Frau ihren Willen kurz vor der Geburt ändert, z.B. weil das Eheversprechen des Verführers inzwischen gescheitert ist.

Wie in anderen Gesetzbüchern üblich, wird auch im ALR streng sanktioniert, wenn die Mutter das neugeborene Kind bzw. die Leiche eines solchen Kindes verschwinden läßt, damit die Art und Ursache des Todes nicht mehr ermittelt werden kann.⁴¹ Wie bereits gesagt wurde, geht es hier im Grunde auch um eine Verdachtsstrafe. Für diese Handlung wurde als Strafe zweijähriges Zuchthaus verhängt. Die Sanktion trägt aber unumstritten gewisse vernünftige Merkmale; im Falle des Wegschaffens eines erwiesenermaßen lebendigen Neugeborenen geht es um viel mehr als um die Bestrafung eines bloßen Verdachts. Dies ist schon keine reine Schuldvermutung mehr, da sich im Verschwinden (meistens in Form von Aussetzung) des lebendigen Neugeborenen zumindest eine schuldhaft Vernachlässigung, also eine strafwürdige Tat offenbart. Der wichtigste Gesichtspunkt ist die Entscheidung, ob ein totes oder ein lebendiges Kind weggeschafft wurde - und immer wieder das Problem: Wer soll die Last der Beweisführung tragen? Wir sind der Meinung, daß diese Vorschrift des ALR als eine Übergangslösung zwischen der Verdachtsstrafe und einer gerechten Strafe zu betrachten ist.

Wenn der Körper des Kindes zur Verfügung des Gerichts stand, aber Zeichen eines gewaltsamen Todes zu erkennen waren, konnte die Frau ihre Unschuld gar nicht beweisen: "Ist sie einer vorsätzlichen unnatürlichen Behandlung des Kindes verdächtig: so soll sie, je nachdem dieser Verdacht mehr oder weniger dringend ist, mit einer sechs- bis zehnjährigen Zuchthausstrafe belegt werden."⁴² Dies ist eine klare Schuldvermutung - fraglich, ob sie widerlegbar war -, und zugleich ein nächstes, plastisches Beispiel für die

⁴⁰ "Ist das Kind am Leben erhalten worden, so soll die Verheimlichung der Geburt nicht gerügt werden." A.a.O. § 948.

⁴¹ Es scheint vielleicht schon natürlich zu sein, daß eine solche - "mörderische" - Absicht der Mutter vermutet worden ist, jedoch in Form widerleglicher Präsuntion.

⁴² A.a.O. § 956.

bb) Verhehlte Geburt mit verheimlichter Schwangerschaft

Der Tatbestand: Verheimlichung der Schwangerschaft verbunden mit einer ebensolchen Geburt zog die strengste Beurteilung nach sich - diese Handlungsvariante kam am häufigsten vor. Wenn die Beschuldigte unter solchen Umständen ein - angeblich - totes Kind auf die Welt gebracht hat, und es war nicht mehr festzustellen, ob das Kind bei der Niederkunft noch gelebt hat, sollte mit vier- bis sechsjähriger Zuchthausarbeit gestraft werden.⁴³ Wenn das Neugeborene nach dem Fachgutachten der Sachverständigen bei der Geburt noch gelebt hat, so wird die vorige Strafe auf acht bis zehn Jahre erhöht.

"Zeigen sich aber an dem Körper des Kindes tödtliche Verletzungen, ohne daß ein von der Mutter verübter Mord vollständig ausgemittelt ist: so soll dieselbe dennoch mit öffentlichem Staupenschlage und lebenswieriger Zuchthausstrafe belegt werden."⁴⁴ Wieder eine Verdachtsstrafe, und zwar in Form einer unwiderlegbaren Schuldvermutung. Die Beschuldigte hatte keine Möglichkeit, ungestraft davonzukommen, wenn nach der ärztlichen Beurteilung der Tod des Kindes wegen "tödtlicher" Verletzungen geschah. Wenn keine Spuren schwerer Verletzung, sondern "bloß" der Verdacht einer unnatürlichen und lebensgefährlichen Behandlung gegen die Gebärerin vorhanden sind, ist auch die Sanktion verhältnismäßig milder: zwölf- bis fünfzehnjährige Zuchthausstrafe.

4. Strafgesetzbücher von Österreich

Obwohl Österreich von Anfang an ein selbständiges Territorium innerhalb des deutschen Rechtsgebietes gewesen ist, ist festzuhalten, daß die juristische Denkweise, der Standpunkt und Geist der dortigen Gesetzbücher weitgehend "deutsch" waren. Bis zum Ende des Heiligen römischen Reiches deutscher Nation (1806), also in der von uns behandelten Epoche, sind insgesamt drei Strafgesetzbücher (1768, 1787, 1803) erlassen worden, die alle in gewissem Sinne Schöpfungen der Aufklärung waren. Es ist noch nötig, zu wissen, daß - abweichend von den deutschen Ländern - die österreichischen Kodices nicht in dem ganzen Reich, sondern ausschließlich in den sog. Erbländern Geltung gehabt haben, ihr Geltungsbereich erstreckte sich z.B. nicht auf Ungarn und Siebenbürgen, Croatien, Slavonien etc.

⁴³ Der Gesetzgeber hat auch an den Fall der Frühgeburt gedacht, und zog eine Grenze: "Einem vollständigen Kinde wird eine Leibesfrucht, welche schon über dreyßig Wochen alt ist, gleich geachtet; doch soll, wenn das Kind nicht völlig ausgetragen gewesen, nur der niedrigste Grad der gesetzlichen Strafe statt finden." A.a.O. § 958.

⁴⁴ A.a.O. § 960 a.

a) Die Constitutio Criminalis Theresiana

Die *Theresiana* erörtert das Verbrechen der Kindestötung, gemäß der *Carolina*, von dem Verwandtenmord getrennt,⁴⁵ unter der Überschrift: "Von dem Kinderthun, oder Mordthat, so an neugebohrnen Kindern beschiehet."⁴⁶ Der ganze Ablauf des Verfahrens wird gegenüber der Verdächtigen in systematischer Reihenfolge relativ ausführlich behandelt, wobei die gesetzgeberische Auffassung bezüglich der Schuldvermutung unverkennbar ist.

Es war nun zuerst die Person der verdächtigen Frauen festzustellen: "Die Anzeigen zum Nachforschen (da nämlich eine ledige Person, die für eine Jungfer gehet, aus redlichen Vermuthungen im Verdacht wäre, daß sie heimlich ein Kind gehabt, und ertödtet habe) sind ungefähr folgende:

Erstlich: Wenn eine ledige Weibsperson mit einem ungewöhnlichgrossen Leib gesehen worden, und gähling den grossen Leib verlohren hat.

Andertens: So einer ihre gewöhnliche Monatszeit ausgeblieben, und solchen Zuständen unterworfen gewesen, welche schwangeren Weibern eigen sind.

Drittens: Wenn sie vorhero wissentlich in Unzucht gelebet, sodann sich vor den Leuten verborgen, und nach einer Zeit sich wieder sehen lassen, ohne sagen zu wollen, und darthun zu können, wo sie gewesen?"⁴⁷ Eine Anzeigepflicht wurde jedoch nicht vorgeschrieben (ein solcher Mechanismus hat wahrscheinlich von selbst funktioniert), und auch der Kreis jener nicht erwähnt, die in der ersten Linie die Pflicht hätten, die verdächtigen "Weibspersonen" anzuzeigen. Der nächste Paragraph führt danach ausführlich in acht Punkten die Umstände an, die als "Anzeigen zum Gefängnis, und zur peinlichen Frage entspringen sodann, wenn stärkere Wahrnehmungen eines wohl gegründeten Verdachts sich hervorthun" gelten. Also: Indizien, die nicht nur zur Tortur, sondern im bestimmten Fall auch zur Verurteilung genügend sind. So wenn zum Beispiel ein Kind tot gefunden wird, das die Zeichen einer Tötung an sich trägt, "und es wäre in selbiger Nachbarschaft eine ohne dieß verdächtiges, und übelbeschriebenes Weibsbild", das beschuldigt werden kann, das Kind getötet zu haben, muß untersucht werden, ob es in seinen Brüsten Milch hat. Wenn ja, so hat diese Frau wider sich eine starke Vermutung, bzw. einen Anlaß zur Tortur. Der einschlägige Punkt ist hierbei sehr aufschlußreich und ähnelt den Formulierungen der deutschen Gesetzbücher: "Wenn ein Weibsbild ein lebendig gliedmäßiges Kind also heimlich getragen, forthin wie eine Jungfer aufgezogen, auch mit ihrem Willen, und geflissentlich allein, und ohne Hülff anderer Weiber geboren; insonderheit wann sie laugnet, daß ein Kind vorhanden gewesen, welches hernach tod gefunden worden: in welchem Fall die vorgebende Entschuldigung der toden Geburt mit nichten anzuhören, noch deswegen eine Weisung, und Purgations-Prozeß zuzulassen, sondern

⁴⁵ Vgl. CCTh Art. 86: "Von dem Vatter-Kinder- und Eheleutmord".

⁴⁶ Ebd. Art. 87.

⁴⁷ Ebd. Art. 87 § 2.

wider dieselbe mit der Tortur wirklich zu verfahren ist."⁴⁸

Erste Anzeichen der Aufklärung sind in der *Theresiana* schon spürbar, aber sie ist im Grunde genommen noch völlig im Geist des gemeinen Rechts verwurzelt. Die Strafe der Kindestötung ist zwar die Enthauptung, nach der Hinrichtung muß jedoch (im Grab) ein Pfahl durch das Herz geschlagen werden - vielleicht als *memento* an die mittelalterliche Straftat.⁴⁹ Die Tortur selbst ist ein Beleg für die Anlehnung an die alte Rechtspraxis, zugleich ein Übungsfeld, um festzustellen, inwieweit man dieses beweisrechtliche Mittel als untauglich und ungenügend betrachtet, weshalb für die Verdachtsstrafe eingetreten wurde. So ist die Inquisit "besonders wenn sie sich durch Verschweigen und Verhehlung ihrer Schwangerschaft einer bösen Absicht verdächtig gemacht, mit der Tortur zu belegen, und, da sie auch in der strengen Frage auf dieser Entschuldigung stets bestünde, gleichwohl wegen der verheelten Schwangerschaft willkürlich - nach Gestalt der Sachen schärffer, oder gelinder zu bestrafen. Welche willkürlich und außerordentliche Bestrafung auch in all anderen Fällen statt hat, wo die des Kindsmords verdächtige Person zwar die ihr zu Last gekommene Hauptinzüchten durch die ausgestandene Tortur abgeleinet hat, jedannoch aber wegen der boshaft verschwiegenen Schwängerung, und anderer dergleichen schuldbaren Handlungen halber noch besonders straffällig verbleibet."⁵⁰

Es geht schon längst nicht mehr darum, daß die Beschuldigte nach der überstandenen Tortur freigesprochen werden müßte, vielmehr um die Rechtfertigung eines veralteten Beweismittels. Und noch etwas ist wichtig: Die Tortur ist zwar noch in Anwendung, aber schon als eine Art der Strafe betrachtet worden, und eine Strafe muß unbedingt begründet sein, dies entfällt, wenn der Inquisit nach der Tortur freigesprochen würde - damit ihre Unschuld anerkannt, folglich auch die "peinliche Frage" als ungerecht erschienen wäre. Die Verdachtsstrafe als *subsidium* schien zunächst für solche Fälle als angemessen und genügend.

b) Die Josephina

Das relativ kurze Gesetzbuch, das nur einen materiellrechtlichen Teil enthält, erwähnt das Verbrechen der Kindestötung ebenso kurz, genauer gesagt: Es ist als selbständiger Tatbestand überhaupt nicht formuliert, sondern nur als eine Variante des Verwandtenmordes,

⁴⁸ Ebd. § 3, Punkt 4.

⁴⁹ Das mittelalterliche deutsche Strafrecht hat "Kindsmörderinnen" mit Lebendigbegraben oder Pfählen bestraft. Vgl. CONRAD, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 411.

⁵⁰ Ebd. § 6.

davon nicht abgetrennt.⁵¹ Wie bekannt, hatte die *Josephina* einen Januskopf. So hat sie etwa die Todesstrafe abgeschafft,⁵² die Freiheitsstrafen waren aber so grausam, was besonders an den Verschärfungen zu erkennen ist,⁵³ daß die Beseitigung der Todesstrafe fast als zynische Disposition betrachtet werden kann.

Mit dem Aufgehen der Kindestötung im Verwandtenmord überhaupt verschwand zugleich deren privilegierter Charakter und sie wurde ebenso schwer bestraft, wie ein allgemeiner Verwandtenmord. Weil der Umfang der *Josephina* so gering war, ist natürlich auch das Moment der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt gar nicht erwähnt. Wenn man davon ausgeht, daß der Richter streng an den Buchstaben des Gesetzes gebunden war, muß man annehmen, daß die verheimlichte Schwangerschaft und/oder Geburt zumindest als selbständiger Tatbestand nicht hätte bestraft werden können; aber (die verheimlichte Geburt) zum Beispiel als Versuch zum Mord? - das ist nun eine offene Frage, die nur anhand der damaligen konkreten Prozeßakten zu beantworten wäre.

5. Schweizerische Gesetzbücher

Die Bestimmungen der zeitgenössischen schweizerischen Kodices in Betracht zu ziehen ist sehr aufschlußreich; sie zeigen eine weitgehende Ähnlichkeit mit der deutschen gesetzgeberischen Auffassung. Der Einfluß des gemeinen Rechts, aber auch die davon abweichenden Unterschiede sind an der Beurteilung des Problems der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt recht gut darzustellen.

Einer der auffallendsten Unterschiede ist, daß die Verbergung der Schwangerschaft bzw. der Entbindung in den schweizerischen Strafgesetzen lange gar nicht erwähnt wurde. Sie erscheint erst seit den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts und sie wird nur als "Gefährdungsdelikt" aufgefaßt, d.h. der Gesetzgeber pönalisiert dieses Verhalten lediglich beim toten Kind. Es ist höchst wahrscheinlich, daß das Auftreten der selbständigen Bestrafung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt ein "Produkt" des Einflusses des deutschen Rechts ist. Ihre Auffassung als "Gefährdungsdelikt" und die Tatsache, daß die verheimlichte Schwangerschaft nicht an sich, sondern nur mit der Geburt zusammen pönalisiert wurde, weisen darauf hin, daß es die in Deutschland seit dem Anfang des 18. Jahrhunderts verstärkte "Hysterie", die sich vor der epidemischen Verbreitung der Kindestötung gefürchtet hatte, in der Schweiz offensichtlich nicht gegeben

⁵¹ So heißt es: "Wird durch den gemeinen, und die folgenden Gattungen des Mords zugleich auch das Band der väterlichen, mütterlichen und kindlichen Liebe, der ehelichen treue, und der Verwandtschaft in dem §. 85. erwähnten Graden verletzt, denen hier noch die Geschwister der Aeltern und Großältern beyzuzählen sind; wird durch denselben endlich die engere Verbindung verletzt, vermög welcher der Thäter dem Ermordeten zur Ehrerbietung verpflichtet gewesen, so soll die Strafe auf im zweiten Grade langwieriges hartes Gefängnis bestimmt, und noch durch empfindliche Zusätze verschärfet werden." *Josephina* I § 92.

⁵² Siehe ebd. I § 20.

⁵³ Im Falle des Verwandtenmords betrug die Strafe zwischen 30 und 100 (!) Jahren, und konnte noch "durch empfindliche Zusätze verschärfet werden". Vgl. ebd. I §§ 23 und 92.

hat.

Das erste helvetische Strafgesetzbuch (HPG) entstand zu einer Zeit (1799), als der Einfluß der französischen Revolution und des französischen Rechts unverkennbar gewesen ist.⁵⁴ Dieser Kodex wurde schon damals für zu hart gehalten; die Anwendung der Todesstrafe ist darin weit verbreitet und fast sämtliche schwereren Delikte werden damit oder mit langjähriger "Kettenstrafe" geahndet.⁵⁵

In diesem Gesetzbuch wird die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt gar nicht, nur die Ascendententötung erwähnt und mit Todesstrafe geahndet (§ 135). Die Kindestötung wurde also - ähnlich der *Josephina* - als ein Fall der Verwandtentötung betrachtet; sie galt auf keinen Fall als ein privilegiertes Delikt. Trotz der kurzen Episode der Helvetik (1798-1803) hat das HPG in mehreren Kantonen weitergelebt: "Die Waadt (bis 1843), Solothurn (bis 1859), Luzern (bis 1827), Thurgau (bis 1841) und vor allem Bern (bis 1867) zogen es vor, keine neue Strafrechtskodifikation zu erlassen, sondern kontinuierlich auf der Erbschaft der Helvetik aufzubauen. Mit Hilfe von Novellen versuchte man die in der Praxis aufgetretenen Lücken zu schließen, und bis zur Zusammenstellung eines neuen Strafgesetzbuches das HPG den eigenen, kleinstaatlichen Bedürfnissen anzupassen."⁵⁶

a) Kanton Aargau

Aargau gehörte zu denjenigen Kantonen, die nach dem Untergang der Helvetischen Republik ein neues, selbständiges Strafgesetz erlassen haben.⁵⁷

Das Gesetz ahndet die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt tatbestandsgemäß und an sich nicht mit Strafe, nur als einen Umstand der Abtreibung der Leibesfrucht; auch die verdächtige "Weibsperson" macht sich namentlich dieses Verbrechens schuldig, bei der die "Entbindung auf solche Art befördert wird, daß das Kind tot zur Welt kommt."⁵⁸ Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung erscheint erst

⁵⁴ Vgl. ALKALAY, S. 146 ff.

⁵⁵ Vgl. HPG §§ 135, 142; HILTY, S. 621. Es ist allerdings ein fortschrittliches Kennzeichen, daß die Tortur nicht mehr angewandt wurde; vgl. §§ 2-5.

⁵⁶ ALKALAY, S. 219.

⁵⁷ "Kanton-Aargauisches Gesetzbuch über Kriminal-Verbrechen" von 1805; es beinhaltet in seinem ersten Teil das materielle Recht, im zweiten Teil das Verfahrensrecht.

⁵⁸ Die Strafe ist Zuchthausstrafe im ersten Grad, d.h. die mildeste Freiheitsstrafe, jedoch ohne Bestimmung der Dauer (§§ 120, 121); vgl. § 24.

im prozeßrechtlichen Teil des Gesetzes - als eine Anzeige zur Kindestötung.⁵⁹ Der Gesetzgeber hat also die Verhehlung der Schwangerschaft und Entbindung nicht selbständig pönalisiert und beschäftigt sich damit kaum mehr als das HPG.

b) Kanton Basel

Das "Criminalgesetzbuch für den Canton Basel" (1821) erwähnt die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt hingegen ausdrücklich. Sie wird im Geist der gemeinrechtlichen Schuldvermutung aufgefaßt und mit einer Verdachtsstrafe geahndet.⁶⁰ Für die Bestrafung sind als allgemeine Voraussetzungen zu beachten, daß die Leibesfrucht über 30 Wochen alt und tot auf die Welt kommen sein muß. Wenn sowohl die Schwangerschaft als auch die Entbindung verheimlicht wurde, bestand die Strafe in 2-6 jährigem Zuchthaus.⁶¹ Die Strafe konnte, sofern nach ärztlichem Fachgutachten das Kind bei der Geburt noch gelebt hatte, bis auf 6-10 Jahre Zuchthaus, wenn sich am Leib des Kindes sogar tödliche Verletzungen zeigen, die Mutter als Mörderin aber nicht überführt wurde, bis auf 16-20 Jahre Kettenstrafe (ersten Grades) verschärft werden. Es ist klar, daß die Kindesmutter als vermutliche Täterin der Kindestötung angesehen wurde, und sie entkommt der Todesstrafe kaum.⁶² Die Bestrafung der präsumierten, aber nicht vollkommen überführten Verdächtigen erscheint am härtesten in diesem schweizerischen Gesetzbuch.

c) Kanton Bern

Das die Verordnung von 1763 ersetzende und zugleich an das Helvetischen Peinlichen Gesetzbuch anknüpfende "Gesetz über den Kindermord, die Abtreibung der Leibesfrucht und die Aussetzung unbehüllicher Kinder" vom 18. Februar 1823 stellt feste Grundlagen zur Beurteilung des Verhältnisses der Kindestötung zur verheimlichten Schwangerschaft und Geburt auf.⁶³

⁵⁹ "Als Anzeigen, die jedem verbrechen besonders eigen sind, können betrachet werden: Beym Kindermord a) Vorsätzliche Verheimlichung der Schwangerschaft, besonders im Falle hartnäckigen Lügnerens, wenn die Beschuldigte darüber von Personen befragt worden, welche hiezu das Recht oder Pflicht hatten; b) Heimliche Absetzung der Geburt und Unterlassung, Hülfe herbey zu rufen, wo sie möglich war." §§ 161, 162.

⁶⁰ "Jede verheimlichte Schwangerschaft und Niederkunft ist einer korrekionellen Strafe unterworfen." § 105.

⁶¹ Das Zuchthaus bildete im Sanktionensystem des Gesetzes nach der Todesstrafe und der Kettenstrafe die dritte Stufe.

⁶² Vgl. § 106. Ein weiterer Beitrag zur Schuldvermutung ist, daß bei Wegschaffung der Leiche des Neugeborenen mit 6-10 Jahren, wenn es nicht klar geworden ist, ob das Kind in der Geburt gelebt hat, mit 10-14 Jahren Zuchthaus gerechnet werden mußte.

⁶³ Zwar ist die Bezeichnung der Rechtsquelle "Gesetz", es ist trotzdem nicht auf Paragraphen, sondern - ähnlich einer Verordnung - nur in Punkte (insgesamt 34) eingeteilt.

Die Verheimlichung der Schwangerschaft an sich wurde nur als ein Indiz für eine Kindestötung betrachtet: "Einer nicht in der Ehe lebenden Weibsperson, die nach dem 210ten Tage (30 Wochen) von ihrer Empfängniß an zu rechnen, niederkommt, ohne einem Mitgliede des Chorgerichts die Anzeige ihrer Schwangerschaft gemacht zu haben, fällt die Verheimlichung der Schwangerschaft zur Last, welche, je nach den Umständen, den Verdacht einer rechtswidrigen Absicht begründet" (Punkt 1). Eine Anzeigepflicht hatten nicht nur die Eltern und die Dienstherrn, sondern jede in der Umgebung der Betroffenen lebende Person. Das angezeigte Mädchen wurde vom Chorgericht bzw. vom "Oberamtmann" verhört, die es im Fall der Verweigerung durch "Kunstverständige" untersuchen ließen (Punkt 7). Die Bestrafung der Verheimlichung der Schwangerschaft kommt nur bei einer ebenfalls verborgenen Geburt und beim toten Neugeborenen in Frage.

Der Gesetzgeber macht in der Bestrafung eine Distinktion davon abhängig, ob die Geburt aus Nachlässigkeit verheimlicht wurde. In diesem Fall, wenn außerdem die Schwangerschaft früher angezeigt wurde, mußte mit 6-18 monatlicher Einsperrung, wenn nicht, mit Zuchthaus von 1-3 Jahren gerechnet werden (Punkt 11). Die Sanktion war bei absichtlich verheimlichter Entbindung das Zuchthaus mit 2-6 Jahren (Punkt 12).⁶⁴

In dem Gesetz wurde - ähnlich der allgemeinen zeitgenössischen deutschen Praxis - die verheimlichte Schwangerschaft an sich nicht mehr, sondern nur mit der verhehlten Geburt zusammen mit einer verhältnismäßig milden Strafe geahndet. Wenn man noch berücksichtigt, daß ein mehr als 30 Wochen altes, totes Neugeborenes für die Bestrafung erforderlich war, kann man sagen, daß der Gesetzgeber von Bern die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung relativ modern als eine Art von Gefährdungsdelikt geregelt hat.

6. Strafgesetzbuch sowie Entwürfe für Bayern

Von der Verheimlichung der Schwangerschaft und der "hülfslosen Geburt" als gesetzlichem Beweismittel der Kindestötung, ja als mit der Kindsmordsstrafe bedrohtem Gefährdungsdelikt, war man zur Aufstellung einer Stufenfolge von gesetzlichen Verdachtsstrafen gekommen, die sich auf der Grundlage jener "Verhehlung" nach der Zahl und Stärke der Anzeigen aufbaute, welche des weiteren tatsächlich für eine schuldhafte Herbeiführung des Todes sprachen. Die Verdachtsstrafen sind noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in deutschen Gesetzbüchern vorhanden.

Es gilt als ein Kennzeichen der Entwicklung, daß die Bestimmungen der Gesetze im 19. Jahrhundert die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt zunehmend nur mit Strafe ahndeten, wenn das Neugeborene starb. Nach heutigem Verständnis könnte diese Änderung in der Beurteilung als eine Umwandlung aufgefaßt werden, da die selbständig pönalisierte Verheimlichung jener Umstände allmählich als Gefährdungsdelikt betrachtet

⁶⁴ Die Kindestötung wurde bei erwiesener mörderischer Absicht mit Todesstrafe geahndet; sie galt also durchaus nicht als privilegiertes Verbrechen. Vgl. ALKALAY, S. 220; ferner den Bericht über dieses Gesetz, in: NACrR Bd. 7(1824), Stück 1, S. 45 f.

wird. In dem Tod des Kindes wurde nämlich ein Beweis dafür gesehen, daß auch die "Verhehlung" der Niederkunft (und der Schwangerschaft) den Tod verursachen konnte. Wenn das Kind am Leben blieb und unverletzt weiterlebte, sah der Gesetzgeber meistens keinen Grund, eine Strafe zu verhängen.

a) Das Strafgesetzbuch von 1813

Neben anderen Kodices enthält auch das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 1. Oktober 1813 eine Reihe von Verdachtsstrafen bezüglich der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt, obwohl die Verdachtsstrafen im allgemeinen untersagt sind.⁶⁵

Die Beurteilung des Tatbestandes, daß "lebendige Geburt und lebensfähige Reife des Kindes, und daß Beschädigungen oder lebensgefährliche Unterlassungen seinen Tod verursacht haben, zu vollkommener Gewißheit gebracht; allein die Mutter einer mörderischen Absicht nicht geständig oder überwiesen ist,"⁶⁶ war im Vergleich mit der Regelung des preußischen ALR⁶⁷ etwas milder; als Strafe mußte mit zwölf- bis sechzehnjährigem Zuchthaus gerechnet werden.

Die Lebensfähigkeit des Kindes ist zu einem sehr wichtigen Gesichtspunkt geworden; wenn diese nicht vollständig bewiesen war oder wenn mörderische Absicht oder lebensgefährliche Mißhandlung durch die Täterin nicht außer Zweifel war, hatte die Inquisit (die Frau) "nur" acht bis zwölf Jahre Zuchthaus verwirkt.⁶⁸ Wenn weder die lebendige Geburt und Vollständigkeit des Kindes noch der böse Vorsatz der Mutter durch ein Geständnis oder anders nachgewiesen wurde, so war sie wegen der verheimlichten Geburt zu ein- bis vierjährigem Arbeitshaus zu verurteilen, vorausgesetzt, daß diese bewiesen waren.⁶⁹

Der Gesetzgeber konnte sich von der Versuchung der Schuldvermutung nicht befreien und formuliert *expressis verbis* den Tatbestand einer Verdachtsstrafe: "Hat eine Weibsperson bei verheimlichter Schwangerschaft ein erwiesenermaßen todes, unreifes Kind geboren, und die Leibesfrucht verborgen, oder auf die Seite geschafft, so hat sie, wenn nicht das Gegentheil aus aktenmäßigen Thatsachen sich ergibt, die Wahrscheinlichkeit des absichtlichen Abtreibens ihrer Leibesfrucht wider sich, und soll zu ein- bis

⁶⁵ Siehe Teil II, Art. 329, wie folgt: "Wegen bloßen Verdachts (Art. 326 u. 327) kann auf keine Strafe, sondern nur auf Spezialinquisition, und was Endurtheile anbetrifft, auf Entlassung von der Instanz erkannt werden, jedoch vorbehaltlich der in dem Polizei-Strafgesetzbuche verordneten Sicherheitsmaßregeln."

⁶⁶ Ebd. Teil I, Art. 160.

⁶⁷ Vgl. ALR a.a.O. § 960 a.

⁶⁸ Auch der hannoversche Strafgesetzbuch-Entwurf von 1826 hat beim lebensunfähigen Neugeborenen die Strafe generell auf die Hälfte herabgesetzt (Art. 235).

⁶⁹ Vgl. a.a.O. Art. 163. Genau dieselbe Strafe schreibt auch das Strafgesetzbuch von Oldenburg (1814) für solche Fälle vor; vgl. § 168.

zweijährigem Arbeitshause verurtheilt werden.⁷⁰ Es ist also die Wahrscheinlichkeit einer rechtswidrigen Handlung mit (ordentlicher) Strafe bedroht worden. Noch schärfere Sanktionen waren für den Fall festgesetzt, daß die Mutter heimlich entbunden hat, das Kind aber nicht mehr vorgefunden wurde, und die Mutter nicht angeben konnte oder wollte, wo das Kind hingebracht wurde.⁷¹

Ein klarer Fortschritt ist jedenfalls festzustellen: Der Art. 166 bestimmt eindeutig, daß die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nur für strafbar zu erachten ist, "wenn durch diese Verheimlichung selbst die todte Geburt oder das Absterben des Kindes fahrlässigerweise veranlaßt worden ist." Man muß also festhalten, daß das Strafgesetzbuch deutlich zur Abschaffung der Verdachtsstrafe tendierte, doch es gelang ihm noch nicht, dies auch in den Einzelregelungen durchzuführen.

b) Entwürfe und die spätere Entwicklung

Auch der bayerische Entwurf aus dem Jahre 1822 hat die obigen Verdachtsstrafen noch beibehalten: "Hat eine Mutter ihre Niederkunft verheimlicht, und ist es entweder nicht zur Gewißheit gebracht, daß ihr uneheliches Kind eines natürlichen Todes gestorben, oder ist der Tod des Kindes durch Unterlassung derjenigen Handlungen, welche vor, während oder nach der Geburt zur Erhaltung seines Lebens notwendig sind, hervorgebracht... worden..., ohne daß die Mutter der mörderischen Absicht geständig oder überwiesen ist, so soll sie mit Arbeitshaus, oder bei besonders mildern Umständen mit Gefängnis, jedoch nicht unter sechs Monaten bestraft werden."⁷² Der Entwurf von 1827 bezeichnet diese Vorschriften, die er wiederum völlig ändert und zugunsten der Mutter abschwächt, als "zwei der allerschwersten und heikelsten Artikel."⁷³

Es taucht bei der heimlichen Entbindung freilich mit Recht die Frage auf, ob der Tod des Kindes nicht in der Geburt selbst mangels geschulter Hilfe eingetreten war. Schon der Art. 166 des bayerischen Kodex (1813) bezieht sich im Grunde genommen auf diesen Fall, und sanktioniert eigentlich ein (erwiesenes) fahrlässiges Verhalten. Aus demselben Grunde wollten die preußischen Entwürfe bis 1836 Vorsichtsmaßnahmen beim Herannahen der Entbindung vorschreiben, und bei Zuwiderhandlung wegen fahrlässiger Tötung bestrafen.

Der Tatbestand der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt verschwindet endgültig erst mit dem Strafgesetzbuch von 1861.

⁷⁰ A. a. O. Art. 164.

⁷¹ Die Strafe lautete, auch wenn erwiesen war, daß die Angeschuldigte durch absichtliche Veranstaltungen den Körper des Kindes hatte verschwinden lassen oder sonst der möglichen richterlichen Untersuchung entzogen hatte, auf acht- bis zwölfjähriges Zuchthaus. Vgl. a. a. O. Art. 165.

⁷² Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern vom Jahre 1822, Art. 243.

⁷³ Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern vom Jahre 1827, Art. 212, 213; Siehe Motive, S. 205-220.

6. Strafgesetzbuch-Entwurf für Hannover

Die Gesetzbücher aus den 30er und 40er Jahren des 19. Jahrhunderts erwähnen nur noch den Fall der verheimlichten und "hüllos veranstalteten" Geburt - so hat sich auch der für das Königreich Hannover gefertigte Entwurf nur mit der verborgenen Niederkunft beschäftigt.⁷⁴ Typischerweise wurden für den Tatbestand zwei Hauptvarianten formuliert, nämlich:

"I. wenn solche in der Absicht, um das Kind zu tödten, geschah, der Tod jedoch nicht erfolgte, als Versuch des Kindesmordes, nach den Bestimmungen über den Versuch;

II. wenn ohne diese Absicht der Tod des Kindes aus der verheimlichten Niederkunft entstanden ist, als fahrlässige Tödtung, nach den allgemeinen Regeln von Bestrafung fahrlässiger Verbrechen zu strafen."⁷⁵ Den anderen damaligen Gesetzbüchern ähnlich erkennt der Entwurf sozusagen praktisch, auch dogmatisch ganz eindeutig die Problematik: Wenn die Mutter die "hilflose Geburt" mit mörderischer Absicht geschehen ließ und das Kind wirklich stirbt, so folgt die Strafe des Kindesmordes. Wenn aber diese böse Absicht nicht vorlag und auch das Kind selbst am Leben blieb, sollte dennoch eine Strafe drohen. Der Gesetzgeber hat wahrscheinlich an diesen Fall gedacht, als er zu den obigen Festlegungen noch eine Klausel hinzufügte:

"III. und außer diesen beiden Fällen findet ein- bis dreimonatliches Gefängnis statt."⁷⁶ So war das bloße Faktum, daß eine Frau heimlich entbunden hat - wahrscheinlich aus Scham, Furcht vor den Eltern, Dienstherrn etc. -, mit Gefängnisstrafe bedroht, die nach moderner Ansicht eine Verdachtsstrafe ist.

Der Umstand, daß das Kind nach verheimlichter Niederkunft tot zur Welt kam oder durch Fahrlässigkeit umgekommen ist, von der Mutter verborgen oder auf die Seite geschafft wird, ist nur als ein Erschwerungsgrund berücksichtigt worden.⁷⁷

7. Strafgesetzbücher für Baden und Sachsen

Ähnlich den anderen Kodices, erörtert das Kriminalgesetzbuch für Sachsen (1838) nur die

⁷⁴ Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, mit Anmerk. von Anton BAUER, Göttingen 1826. Vgl. Art. 130 des Strafgesetzbuches von Sachsen-Altenburg (1841).

⁷⁵ A.a.O. Art. 238. Das Strafgesetzbuch von Württemberg (1839) ahndete die verheimlichte Geburt mörderischer Absicht mit Kreisgefängnis nicht unter sechs Monaten - ohne Angabe der Höchstdauer; vgl. Art. 252.

⁷⁶ Ebd.; ähnlich das Gesetz für Braunschweig (1840), vgl. § 157.

⁷⁷ Die Auffassung des tatsächlich in Kraft getretenen Gesetzes (1840) ist ähnlich; siehe Art. 238. Das Strafgesetzbuch für Hessen (1841) bestraft auch nur bei mörderischer Absicht die verheimlichte Geburt, die "aber wegen äußerer Hindernisse unterblieben ist." Vgl. Art. 261.

Verheimlichung der Geburt als "hülflöse" Entbindung:⁷⁸ "Eine Frauensperson, welche ihre Niederkunft in dem Maße verheimlicht, daß dadurch die nöthigen Hülfsleistungen von Seiten anderer Personen ausgeschlossen werden, ist mit einem bis zu sechs Jahren Arbeitshaus zu bestrafen, wenn die Verheimlichung in der Absicht, das Kind zu tödten, geschehen, die Ausführung dieser Absicht aber durch äußere Umstände verhindert worden ist."⁷⁹ Abweichend von der Lösung des hannoverschen Entwurfes(1826), in dem diese Tatbestandsvariante als Versuch zur Kindestötung aufgefaßt worden ist, pönalisiert der Gesetzgeber hier diese Handlung als selbständigen Tatbestand. Es wird noch eine andere Begehungsform erwähnt: Der Fall, daß die verheimlichte Niederkunft nicht mit der obigen Absicht geschieht. Die Strafe ist zwei- bis dreimonatiges Gefängnis, weil wegen eines solchen Kindstods nicht die Sanktion der fahrlässigen Tötung eintritt. Wenn nichts besonderes geschieht, das Neugeborene am Leben bleibt, sollte wegen der bloßen verheimlichten Entbindung monatelang im Gefängnis gebüßt werden.

Die Formulierung des Tatbestandes hebt deutlich hervor, daß der Verheimlichung die Absicht zu Grunde liegt, alle Hilfsleistungen von Seiten anderer Personen - anders gesagt: die *personae non gratae* - zu verhindern. Unter dieser Voraussetzung ist das Verbrechen eigentlich ein versuchter Kindesmord, wobei die Verbrecherin an der Vollendung desselben nur durch äußere Umstände gehindert worden ist. Daher hätte schon die im Art. 126 angedrohte Zuchthausstrafe eintreten müssen. Daß dennoch keine Zuchthausstrafe, sondern bloß Arbeitshausstrafe bis zu sechs Jahren verhängt werden sollte, dafür ist in der Beilage zur ständischen Schrift vom 2. Dezember 1837 der rechtspolitische Grund angegeben: "...es scheine um deswillen hier angemessener, statt der entehrenden Zuchthausstrafe die nicht entehrende Arbeitshausstrafe eintreten zu lassen, damit eine Frauensperson, welche einmal ihre Niederkunft in bösslicher Absicht verheimlicht habe, nicht Alles daran setze, um durch Ausführung ihrer Absicht den Zeugen ihrer Schande zu vernichten."⁸⁰

Aus diesem Artikel könnte gefolgert werden, daß eine Verheimlichung der Entbindung schon an und für sich strafbar sei, wenn auch die Gebärende sich dabei die erforderliche Hilfe zu verschaffen gewußt habe - doch das Gegenteil ergibt sich aus einer Bemerkung in den Motiven, und eine entsprechende Ansicht geht auch aus der Erklärung der Deputation der zweiten Kammer hervor.⁸¹ Es war beabsichtigt, daß nur bei der Verheimlichung der "hülflösen" Niederkunft der Tatbestand verwirklicht werden sollte. Eine Verheimlichung im Sinne dieses Artikels ist dann nicht anzunehmen, wenn die Schwangere ihren Zustand vertrauten oder nahe verwandten Personen, insbesondere solchen, von welchen sie Unterstützung erwarten konnte und bei denen der Verdacht einer Collision mit der Schwangeren ausgeschlossen war, eröffnet und nur gegen fremde

⁷⁸ Vgl. Teil 2, Kap. 4 Art. 130; das Gesetz wurde auch in Sachsen-Altenburg eingeführt(3.5.1841); vgl. STENGLEIN, Bd. 1, S. 81.

⁷⁹ Ebd. Vgl. das Strafgesetzbuch von Württemberg (1839), Art. 252.

⁸⁰ Abt. I. Bd. 3. S. 576 f.; zitiert a.a.O. in Anm. zum Art. 130.

⁸¹ Beilage zur Abt. II. Sammlung 1, a.a.O. S. 95.

Personen ihre Schwangerschaft ableugnete. Es ist als Schlußfolgerung festzustellen, daß die Verdachtsstrafe in Gestalt der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt aus diesem Kodex von 1838 schon verschwunden ist.

Entsprechend der zeitgenössischen gesetzgeberischen Praxis pönalisiert auch das badische Strafgesetzbuch (1845) nur noch die verheimlichte, "hülflöse Niederkunft"⁸² quasi als Gefährdungsdelikt, besonders in den Fällen, in denen das Kind aus irgendwelcher Ursache tot gefunden wird.⁸³ Die schon an sich strafbare Verheimlichung der Geburt, sogar der Schwangerschaft, ist dort nicht mehr erwähnt.

II. Die präventiven Maßnahmen

Der damalige Staat und seine Behörden versuchten alles, das Ansteigen der nach damaliger Auffassung hohen Anzahl von Kindestötungen zu stoppen. Diese Präventivmaßnahmen sind für uns sehr interessant, weil sie Vorschriften enthielten, die stillschweigend oder ausdrücklich als Verdachtsstrafen aufgefaßt werden können.

Die Lösung schien auf der Hand zu liegen; da dieses Delikt fast ausnahmslos aus unehelichem Beischlaf entstand, hätten die Sitten, die moralische Auffassung und Praxis verbessert werden sollen. In der Wirklichkeit: Die geschwängerten Mädchen hätten sich z.B. - meistens den Beamten - anzeigen sollen.⁸⁴ Daneben hatten im allgemeinen auch die Personen, die in der direkten Umwelt des geschwängerten Mädchens lebten, eine Anzeigepflicht gehabt.

Man hat klar erkannt, daß es nicht genügt, die (Selbst-)Anzeige vorzuschreiben, daß es vielmehr unbedingt nötig ist, auch entsprechende Einrichtungen zu stiften, worin die Gebärenden ihre Kinder geheim, zugleich aber mit ärztlicher Versorgung zur Welt bringen. Dies waren praktisch überall die Findelhäuser.⁸⁵ So erging in Hessen-Kassel am 3. März 1761 ein Reglement, daß dem in Kassel bestehenden Waisenhaus ein "accouchir-

⁸² Vgl. § 218.

⁸³ Das Gesetz bedroht mit Strafe ganz eindeutig die Handlung der absichtlich vorgenommenen "hilflosen Geburt", bei der meist zugleich auch das Kind ums Leben kommt. Die Sanktionen waren danach differenziert, ob der Tod des Kindes durch andere dazwischen getretene, vom Willen der Gebälerin unabhängige Umstände abgewendet wurde (Kreisgefängnis oder Arbeitshaus bis zu vier Jahren), oder das Kind infolge der Hilflosigkeit bei der Geburt, ohne Mitwirkung anderer, der Mutter zu Vorsatz zuzurechnenden Handlungen oder Unterlassungen ums Leben gekommen ist (Arbeitshaus oder Zuchthaus bis zu sechs Jahren); vgl. §§ 220, 221.

⁸⁴ Daß diese Selbst-Anzeige eine demütigende Situation gewesen ist, war schon damals klar. Man probierte mindestens Veranlassungen zur schonenderen Handhabung solcher Maßnahmen zu geben: "Es ist nun die Frage, wie sich die Polizei zu betragen habe, um nach Möglichkeit die Anzeige der Schwangerschaft zu erleichtern? Man hat gewiß, ich wiederhole es nochmals, wichtige Gründe, um eine solche nicht mehr mit derjenigen Härte zu verlangen, mit welcher man vormals ein verunglücktes Mädchen zu nöthigen pflegte, in eigener Person vor Gericht zu erscheinen und daseibst ihre Schande selbst öffentlich zu bekennen und protokollieren zu lassen." FRANK, S. 125.

⁸⁵ Vgl. WÄCHTERSÄUSER, S. 144.

und Findelhaus" angegliedert werden solle.⁸⁶ Einige Jahre später ergingen in demselben Land weitere Verordnungen "zu Verhütung des Kindermords auf die in Unpflichten schwangere Dirnen genau Obsicht genommen werden solle."⁸⁷ Die Eltern und "Brotherren" waren darin verpflichtet, der Schwangerschaft verdächtige, aber leugnende Mädchen dem Pfarrer und den Beamten anzuzeigen. Stellt sich dann bei weiterem Leugnen durch Untersuchung seitens einer Hebamme heraus, daß der Verdacht doch gerechtfertigt war, so soll man das Mädchen seiner "Hartnäckigkeit wegen einige Tage einstecken lassen", eine Strafe, die angesichts der anderwärts vorgeschriebenen als außerordentlich mild bezeichnet werden muß.

Man glaubte, daß das edle Ziel mit solchen und ähnlichen administrativen Maßnahmen erreicht werden konnte. In diesem Sinne formuliert Wächtershäuser: "Ein Zeitalter, das der Strafdrohung generalpreventive Wirkung zuschrieb und sein Strafrecht weitgehend unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung begriff, mußte natürlich in der Pönalisierung eines bestimmten Verhaltens bereits eine Verhütungs- oder Vorbeugemaßnahme gegen dieses Verhalten erblicken."⁸⁸ Es ist noch zu bemerken, daß diese präventiven Maßnahmen in Wirklichkeit nicht selten ausgesprochenen Strafcharakter trugen (z.B. Landesverweisung).⁸⁹ Daß auch sie im wesentlichen Verdachtsstrafen zumindest im weiteren Sinne waren, wurde praktisch nicht wahrgenommen.

1. Das preußische Edikt von 1765

Mit Vorbeugemaßnahmen dem (vermuteten oder wirklichen) Kindsmord zuvorzukommen, versuchte in Preußen erstmals Friedrich Wilhelm I.⁹⁰ Er "sah die Hauptursache der Kindestötung in dem Treiben der Dirnen, die aus Furcht vor der öffentlichen Schande ihre heimlich geborenen unehelichen Kinder beseitigten, um einerseits in der menschlichen Gesellschaft nicht kompromittiert zu sein, andererseits den auf Hurerei gesetzten hohen Strafen zu entgehen."⁹¹ Die Ortsbehörden hatten den Auftrag, die Wirtshäuser oft unvermutet zu visitieren und dabei alle unlauteren Elemente vor die gerichtlichen Behörden zu bringen. Bei diesen Visitationen mußten die "ledigen Dirnen" entweder ein ehrliches Gewerbe nachweisen können, oder sie wurden ins Arbeitshaus gebracht, wenn nicht gar des Landes verwiesen. Das war eine echte, dazu außergerichtliche Verdachtsstrafe.

⁸⁶ Sammlung, Teil 6, Nr. MDCCCCLXXII; das Reglement wurde erst 1763 bekanntgemacht. Über den Inhalt der Verordnung ausführlich: WÄCHTERSHÄUSER, S. 141 ff.

⁸⁷ Vgl. Sammlung, Teil 6, Nr. MMCXXVII und MMCCXLV, sowie Teil 7, S. 180.

⁸⁸ WÄCHTERSHÄUSER, S. 138.

⁸⁹ Vgl. EB.SCHMIDT, Einführung, S. 62.

⁹⁰ Vgl. EB.SCHMIDT, Kriminalpolitik, S. 61 ff.

⁹¹ Ebd. S. 61 f.

Friedrich der Große versuchte, eine *tabula rasa* zu schaffen; nebst der besonders grausamen Strafe des "Säckens" (die von seinem Vater im Jahre 1720 neueingeführt wurde) hat er in dem Edikt von 1765 alle Hurenstrafen abgeschafft.⁹² Dieses preußische Edikt ist wegen seiner Gründlichkeit eine der wichtigsten Quellen und enthält eine Reihe von Vorschriften bezüglich des Verhaltens der ledigen "Weibspersonen". Darunter galt als wesentlichste die Pflicht der Selbst-Anzeige jener Personen: "Eine jede in Unehren schwanger gehende Weibsperson muß ihre Schwangerschaft, wenn sie von jemanden gefragt wird, oder Herannahung der Geburtszeit, die bevorstehende Geburt wenigstens einer ehrbaren und verstaendigen Frau, die selbst Kinder gehabt hat, offenbaren und durch dieselbe sich zu ihrer Geburt noethige Huelfe zu verschaffen suchen."⁹³ Die Unterlassung dieser Pflicht ist mit erheblicher Sanktion bedroht worden.⁹⁴

Am Text des Edikts ist wohl spürbar, daß sich der Gesetzgeber - im Hintergrund freilich Friedrich der Große selbst - der besonderen psychischen Lage der außerehelich Geschwängerten bewußt war und daraus konsequente Folgerungen zog. Es ist völlig eindeutig: Der Leitgedanke ist, die Ehre der Mädchen soweit wie möglich zu schonen. So mußte die Schwangerschaft nicht unbedingt der Obrigkeit offenbart werden, es genügte, sich einer ehrbaren Frau (die auch selbst Mutter war) anzuvertrauen. Wurde in Anwesenheit einer solchen Frau ein uneheliches Kind tot geboren, so genügte das Vorzeigen des Kindes bei den Behörden;⁹⁵ wenn aber zwei oder mehrere ehrbare Frauen dabei waren, war auch die Benachrichtigung der örtlichen Behörden nicht erforderlich. Es ist auch ein wichtiger Gesichtspunkt, daß die bei der Geburt anwesenden Frauen zu absoluter Verschwiegenheit gegenüber jederman verpflichtet waren.⁹⁶

Eltern (besonders die Mutter), die nächsten Anverwandten, Dienstherrn (in deren Abwesenheit die Domestiken), bei Bauers- und gemeinen Handwerksleuten auch die Obrigkeiten waren wie bisher gehalten, bei Schwangerschaftsverdacht darauf hinzuwirken, daß die Verdächtige ihren Zustand offenbare. Tat sie es, so hat das Edikt sie in Schutz genommen: "Auch muessen die Aeltern und Dienstherrschaften, bey willkuerlicher Bestrafung, sich enthalten, durch unzeitige und unbillige Haerte, gefallene Weibspersonen zur Verzweiflung und Veruebung eines großen Uebels zu verleiten. Insonderheit muessen die Dienstherrschaften dergleichen Weibspersonen nach entdeckter Schwangerschaft nicht eher aus dem Dienste weisen, bis sie vorher die Mittel, die heimliche Geburt zu verhindern, angewendet, oder doch der Obrigkeit des Ortes den habenden Verdacht umstaendlich angezeigt haben."⁹⁷ Auch die Hebammen waren durch ihren Eid verpflichtet, sich

⁹² Vgl. a.a.O. V. Abs. 1.

⁹³ Ebd. III. Abs. 1.

⁹⁴ Vgl. ebd.

⁹⁵ Vgl. a.a.O. II. Abs. 2.

⁹⁶ Vgl. a.a.O. II. Abs. 4; Abs. 3.

⁹⁷ Ebd. IV. Abs. 4.

zu dergleichen Besichtigungen zur Verfügung zu stellen, "und wenn die in Verdacht gezogene Person bey der Besichtigung unschuldig befunden wird, den Vorfall verschwiegen zu halten."⁹⁸

Trotz aller Bemühungen hat Friedrich der Große den gewünschten Erfolg nicht erreicht.⁹⁹ In einem an Voltaire gerichteten Brief vom 11. Oktober 1777 stellt er resigniert fest: "Allein ungeachtet aller dieser Erleichterungsmittel habe ich doch nicht dahin kommen können, ihnen (d.h. den Mägden) das unnatürliche Vorurteil, dessentwegen sie ihre Kinder töten, aus dem Kopfe zu bringen. Ehemals sah man es für eine Schande an, Mädchen zu heiraten, die Mütter waren, ohne einen Mann gehabt zu haben: ich beschäftige mich jetzt mit der Idee, wie ich diese Ansicht ausrotten will. Vielleicht gelingt es mir."¹⁰⁰

2. Vorschriften der Gesetzbücher der Aufklärungszeit

Auch die erwähnenswerten Kodices des ausgehenden 18. Jahrhunderts versäumen nicht, auf die Pflichten aufmerksam machen, die die unehelichen Schwangeren, aber auch ihre Eltern, Dienstherren usw. haben und beschäftigen sich verhältnismäßig ausführlich mit dem Problem, wie der Kindestötung entgegengewirkt werden könne. An dieser Stelle werden nur die Vorschriften der CCTh und des preußischen ALR behandelt.¹⁰¹ Beide Werke waren charakteristische Schöpfungen der Übergangsperiode der Aufklärung - das erste wohl noch im gemeinen Recht verankert, das andere schon ein typisches Beispiel für das neue Denken.

a) Die *Constitutio Criminalis Theresiana*

Obwohl die Regelungen der *Theresiana* noch vorwiegend durch das gemeine Recht geprägt sind, gibt es eine Reihe von Zeichen, die schon aufgeklärte Züge zeigen. So ist es durchaus fortschrittlich, daß die Strafe an der Geschwängerten geheim vollstreckt werden soll: "Die aus menschlicher Schwachheit zum Fall gebrachte Weibsperson, welche ihre Schwangerschaft ihren Eltern, Freunden, oder sonst Jemanden verläßlich entdecken, nach der bereits oben Art. 6. §. 8. und Art. 81. §. 2.&4. gethaten Anordnung mit keiner öffentlichen Bestrafung angesehen, sondern in geheim auf eine leidentliche Art bestraftet

⁹⁸ Ebd. IV. Abs. 3.

⁹⁹ EB.SCHMIDT bemerkt dazu: "Jene gewiß sehr fortschrittlich gestimmte Verordnung im Edikte von 1765 verhalte wohl ziemlich fruchtlos, da sich die Ehrbegriffe ganzer Bevölkerungskreise naturgemäß nicht polizeilich regeln lassen." Kriminalpolitik, S. 65.

¹⁰⁰ MENDELSSOHN-BARTHOLDY, S. 458 f.

¹⁰¹ Siehe CCTh Art. 87 und ALR a.a.O. §§ 888-932.

werden sollen."¹⁰² "Menschliche Schwachheit", geheimer Strafvollzug - solche Ausdrücke waren bisher in deutschen (österreichischen) Strafgesetzbüchern kaum zu finden. Der Präventivgedanke bekommt also ein wesentliches Gewicht. Derselbe Paragraph ordnet mit Blick auf die Prävention an: "Aus der anhoffenden Beschwiegenheit der Schwängering kein Anlaß zur Kindsvertuung genommen werden möge, so befehlen Wir hiemit nachdrucksamt, daß die Hausleute, besonders die in Diensten stehende Personen, wie auch die Hauswirthe, welche von der Schwangerschaft einer bey ihnen befindlich-geschwächten Weibsperson Wissenschaft haben, solche zuförderist, so viel möglich, in geheim den Eltern, Vormündern, Anverwandten, Hausvätern, oder Hausmüttern anzuzeigen." Die Obrigkeit wird beauftragt, gegen vermutlich geschwängerte Personen durch Hebammen eine Untersuchung zu vollziehen, um die Tatsache der Schwangerschaft festzustellen; beim positiven Ergebnis sind alle Maßnahmen vorzunehmen, die nötig sind "zu Verhütung allen wider die Leibesfrucht besorglich-üblen Erfolgs vorgekehret werden solle."¹⁰³

b) Das preußische Allgemeine Landrecht

Das ALR behandelt den Tatbestand unter der Überschrift "Vorbeugungsmittel" sehr systematisch: Erst im allgemeinen, dann die Problematik der Entdeckung der Schwangerschaft.

ba) Versorgung um Mutter und Kind

Das Gesetz fixiert vor allem: "Um den Kindermord möglichst zu verhüten, haben die Gesetze unbescholtnen ledigen Weibspersonen, wenn sie unter dem Versprechen der Ehe geschwängert worden, die Rechte und Würden einer Ehefrau, oder wo die Ehe nicht statt finden kann, einer Hausfrau beygelegt."¹⁰⁴

Es war aber nicht nur für die Mutter, sondern auch für das geborene Kind gesorgt: Sobald die Schwangerschaft angezeigt war, mußte der Leibesfrucht ein Vormund bestellt werden, welcher für des Kindes Verpflegung und Erziehung sorgen mußte (vgl. § 891). Die Obrigkeiten jeden Orts mußten dafür sorgen, daß dort wo keine entsprechenden, öffentlichen Gebärdhäuser vorhanden sind, den Hebammen eine hinlänglich geräumige Wohnung verschafft werde (vgl. § 894).

¹⁰² *Theresiana*, a.a.O. § 8.

¹⁰³ *Ebd.* § 9.

¹⁰⁴ A.a.O. § 888.

bb) Die Frage der Entdeckung der Schwangerschaft

"Jede Frauensperson, die eines unehelichen Beyschlafs sich bewußt ist, muß auf ihre körperliche Beschaffenheit... sorgfältig Acht haben" (§ 901) - lautet die Regelung des Gesetzgebers, der bezüglich der Pflichten der Schwangern ganz genau die Verfügungen des Ediktes von 1765 übernimmt.¹⁰⁵ Wenn die Entbindung in Beisein von zwei Frauen (unter welche sich auch die Mutter der Gebärenden rechnen läßt) geschieht, so kann die Geburt gegen jedermann verschwiegen werden (§ 910). Der "Schwängerer" hatte darauf zu dringen, daß die Geschwächte den gesetzlichen Vorschriften gehörig nachkomme (§ 915).¹⁰⁶

Eltern, Dienstherrn, Haus- oder Stubenwirtinnen hatten das Recht und die Pflicht, sich in verdächtigen Fällen nach der Schwangerschaft zu erkundigen: "...läugnet die Verdächtige eine vorhandne Schwangerschaft beharrlich, ohne die Gründe des Verdachts durch wahrscheinliche Gegengründe zu heben (Schuldvermutung!): so müssen sie ihren Verdacht, nebst den Gründen desselben, der Obrigkeit zur weiteren Untersuchung anzeigen" (§ 921). Das war eine besonders demütigende Situation für ein Mädchen; man kann sich wohl vorstellen, wie eine Hauswirtin ihre "gefallene", aber nur eventuell geschwängerte Magd mit einem solchen Verfahren erniedrigen konnte. Die Schuldvermutung und ihre Zwillingschwester, die Verdachtsstrafe, haben noch lange gewirkt.

3. Vorstellungen und Vorschläge der Rechtsgelehrten

Die empfohlenen Präventivmaßnahmen waren von Seiten der damaligen Rechtsliteratur her unterschiedlich, in einer Frage aber einig: Alle hielten sie für sehr wichtig und waren das Ergebnis betreffend optimistisch.

a) Das Ehrenrettungs-Motiv

Die meisten Autoren gingen davon aus, daß der tiefste Grund der Kindestötung das Bestreben der ledigen "Weibspersonen" ist, ihre durch den außerehelichen Beischlaf verlorene Geschlechtsehre mittels der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, sogar eines eventuellen Mordes zu retten. Da diese Überzeugung allgemein war, haben sich auch die Präventivvorstellungen diesem Leitgedanken angeschlossen.

So ergab sich auch vom Ehrenrettungs-Motiv her die Idee, um dem Verbrechen der Kindestötung mit konkreten Maßnahmen zuvorkommen zu können, Findelhäuser und ähnliche Anstalten zu errichten. Die Auffassung von Globig und Huster ist dabei typisch:

¹⁰⁵ Vgl. a.a.O. II. Abs. 4.

¹⁰⁶ Das Gesetz hat den "Täter" ziemlich mild behandelt: Bei Verabsäumung seiner obigen Pflicht, d.h. in allen Fällen, wo die "Geschwächte" zur Strafe gezogen werden soll, macht er sich einer zwei- bis viermonatigen Gefängnisstrafe schuldig. Vgl. KLEIN, Grundsätze, S. 277 ff. (§ 355)

"Dem Polizey-Richter lieget vorzüglich ob, diesen Verbrechen vorzubeugen. Wenn er Findelhäuser anlegt, wenn er solche Anstalten macht, daß arme Gebährerinnen ohne Schande auf öffentliche Kosten niederkommen können, so wird er auch mit Recht die heimlichen Niederkunften ahnden, wenn sie gleich sonst ohne Schaden abgelaufen: So wird der peinliche Richter mit desto mehrerem Grunde den Kindermord bestrafen können."¹⁰⁷ Als weiteres aufgeklärtes Kennzeichen wird bei ihnen nachdrücklich die Notwendigkeit der Abschaffung der Strafe für den unehelichen Beischlaf und die uneheliche Niederkunft gefordert. Es wird sogar daran gedacht, den Kindesvater nach unehelicher Schwängerung zur Heirat zu verpflichten.¹⁰⁸

b) Die Auffassungen einzelner Kriminalisten

Es scheint nützlich zu sein, die Auffassungen einiger Rechtsgelehrter über die vorliegende Frage eingehender zu untersuchen. Es wurden dabei meist prägnante Vertreter der Strafrechtswissenschaft ihrer Zeit gewählt, die sich mit der möglichen Verhinderung der Kindestötung gründlicher auseinandergesetzt haben.

ba) Justus Claproth

Der Autor beginnt die Behandlung der Vorbeugemaßnahmen damit, daß er die Notwendigkeit der Hebammen betont. "Auf jedem Dorfe soll eine in der Hebammenwissenschaft erfahrene und vom Collegio medico examinierte Hebamme gehalten, und dahin verpflichtet werden: auf alle ledige schwangere Frauensperson genaue Achtung zu geben, und selbige dem Gerichte anzuzeigen; das Gericht hat die schwangere Person sofort über die Schwängerung zu vernehmen. Lägnete sie die Schwangerschaft, so soll die selbige von der Hebamme besichtigt werden. Fände sich nun die Person wirklich schwanger, und sie läugnete dennoch, so soll sie denen Personen, so um sie sind, zu genauer Aufsicht gegen die Zeit ihrer Niederkunft empfohlen, oder, wenn es eine herumstreichende Dirne wäre, beygesperret und zur Arbeit angehalten werden. Diejenige Frauensperson, welche überführet wird, daß sie schon 4 Monath schwanger gewesen, und selbiges geläugnet hat, soll überdem nach ausgestandenem Wochenbette mit Zuchthausstrafe gezüchtigt werden."¹⁰⁹ Man empfindet es als ziemlich empörend, daß eine Mutter, die nicht bereit war, ihre Schwangerschaft zu offenbaren, einige Zeit nach der Entbindung wegen ihres Leugnens, die Schwangerschaft nicht bekannt zu haben, mit Zuchthausstrafe belegt wird. Das ist ohne Zweifel eine klare Verdachtsstrafe, dazu noch zu einem Zeitpunkt verhängt, in dem sich bereits herausgestellt hat, daß das Neugeborene überhaupt kein Übel erlitt. Aller-

¹⁰⁷ GLOBIG/HUSTER, Abhandlung, S. 190; Vier Zugaben, S. 414 ff.

¹⁰⁸ Vgl. ebd. S. 242 f., 309 ff., 317 f.; St. SCHMIDT, S. 116.

¹⁰⁹ CLAPROTH, Dorf-Ordnung, S. 594.

dings, auch dies gehörte zur "Naturkunde" der Verdachtsstrafe.

Als Präventivmaßnahme hält Claproth die Abschaffung alter Kirchen- und entehrender Strafen für wünschenswert: "Um den Kindermord möglichst zu verhüten, soll künftig alle Kirchenbuse, nicht weniger alle Infamie und Hurenbrüche hinwegfallen."¹¹⁰ Er legt auf jeden Fall den Schwerpunkt auf den richterlichen Prozeß. So hätte der Richter einen Personalarrest bis nach abgewarteten 6 Wochen nach der Feststellung der Schwangerschaft anzuordnen, wenn die Geschwängerte gar keine Wohnung hat, oder ihre Eltern sowie Verwandten nicht in der Lage sind, auf sie acht zu geben (oder sie das nicht tun wollen).

bb) Christian Gottlieb Gmelin

Es gab zu jener Zeit auch noch traditionelle Stimmen zu hören. Gmelin schien das beste Vorbeugemittel die Abschreckung durch die unerbittliche Todesstrafe (beim Tod des Neugeborenen) zu sein. Er appelliert verblüffenderweise auch an das Ehrenrettungsmotiv, jedoch im negativen Sinne: Die Mutter "...muß nach der Regel immer mit dem Tode bestraft, und weil Furcht vor Schande öfters die Quelle desselben ist, kann die Todesstrafe sehr nützlich mit einer öffentlichen Beschimpfung verbunden werden; und selbst, wo man die Todesstrafe abschaffen will, würde gewiss eine beschimpfende Strafe, z.B. Einbrennen eines Zeichens im Gesicht die wirksamste seyn."¹¹¹ Die wirkliche Prävention bedeutet bei ihm bloß die Pflicht der Eltern, Schwängerern, Verwandten, Freundinnen, Ärzte usw., das geschwängerte Mädchen bei der Obrigkeit anzuzeigen.¹¹²

bc) Carl Ernst Jarcke

Jarcke, Professor der Rechte in Berlin, ist ein Apologet des preußischen ALR. Die Selbstanzeige der schwangeren Frau hält er für selbstverständlich: "Daß die Geschwächte sich Jemanden entdecke, ist nicht bloß nicht unsittlich, sondern es ist eben so gewiß ihre Pflicht, Jemanden um Rath und Hülfe anzusprechen, wenn sie sich schwanger fühlt oder eine Schwangerschaft vermuthen muß, als es ihre Pflicht ist, für das Leben auch des noch nicht gebornen Kindes alle mögliche Sorge zu tragen, welche sie nicht tragen kann, wenn sie ihren Angehörigen u.s.w. ihre Schwangerschaft verheimlicht."¹¹³

Der Autor betrachtet es als Präventivmaßnahme von Seiten der Strafrechtspflege her, daß "die neuere gemeinrechtliche Praxis" keine Strafe für die Verheimlichung der

¹¹⁰ CLAPROTH, Criminalrecht, S. 60.

¹¹¹ GMELIN, S. 139 f. (§ 68)

¹¹² Vgl. ebd. S. 140 ff. (§ 68)

¹¹³ JARCKE, Beiträge, S. 189; vgl. MITTERMAIER, Verheimlichung II, S. 568.

Schwangerschaft und Geburt verhängt, wenn das Leben des Kindes erhalten wird: "Der Grund warum man in diesem Falle die Strafflosigkeit eintreten läßt, während man doch die Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft an sich als strafbar betrachtet, ist kein anderer, als der: die Gebärende zu bewegen, alle Sorge zur Erhaltung des Lebens des Kindes anzuwenden."¹¹⁴ Die Rechtsentwicklung zeigte tatsächlich in diese Richtung, obwohl in der damaligen Praxis davon immer noch recht wenig zu merken war.¹¹⁵

bd) Johann Peter Frank

Warum eine Mädchen-Mutter heimlich niederkommt, wurde also fast völlig einheitlich aufgefaßt, Beiträge etwa zum Seelenzustand jener Frauen zu geben, war immerhin möglich. Frank erwähnt am Anfang des vorigen Jahrhunderts ein interessantes Moment: "Aber es steht noch ein Hindernis im Wege, welches eine schamhafte Person von der Offenbarung ihrer Geburt abschrecken, und dadurch zur heimlichen Entbindung und zum Kindermorde Anlaß geben kann: ich meine die Oeffentlichkeit der Taufceremonien. Ich dünkte daher, daß man, um größeren Uebeln zu begegnen, in solchen Fällen, allein durch die Seelsorger, die Taufe in der Behausung der unehelichen Mütter, in möglichster Stille und bloß in Beyseyn der Hebamme, administrieren lassen sollte, wodurch alles Aergerniß in der Gemeinde beseitiget, die Ehre des, obschon schuldigen Theiles, um denselben nicht zu größern Verbrechen zu reizen, soviel möglich geschonet und das Gemüth der beängstigten Mütter sehr beruhiget würde."¹¹⁶ Obwohl dieser Umstand in der zeitgenössischen Rechtsliteratur bei anderen Verfassern nicht auftaucht, konnte davon sicherlich in mehreren Fällen die Rede sein, weil die Weltanschauung religiös bestimmt war - und eine öffentliche Taufe für ein empfindliches Mädchen wirklich sehr erniedrigend, vielleicht fast unerträglich gewesen wäre.

III. Der Standpunkt der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft

Das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis war im deutschen Rechtsleben stets sehr eng. Die Rechtswissenschaft hat - besonders von Benedict Carpzow's Tätigkeit an - eine tiefgreifende Wirkung auch auf die Strafrechtspflege ausgeübt. Es genügt bereits auf zwei berühmte bayerische Strafgesetzbücher hinzuweisen: Sowohl der CJBC (1751) als auch das Strafgesetzbuch von 1813 sind durch Rechtsgelehrte - Aloysius Kreittmayr bzw. Joh. Paul Anselm Feuerbach - verfaßt worden. Gesetzgebung und die Teilnahme von Vertretern der Theorie daran war voneinander fast untrennbar.

¹¹⁴ JARCKE, Handbuch, S. 300.

¹¹⁵ Vgl. WÄCHTERSÄUSER, S. 109 ff.; DÜLMEN, S. 72 ff. An solchen Arbeiten, wie BODES Dissertation über die Kindestötung und ihre Bestrafung im Nürnberg des Mittelalters, gibt es bis zur Gegenwart einen erheblichen Mangel.

¹¹⁶ FRANK, S. 149 f.

Die Beziehung von Rechtsgelehrten und Professoren zur Gerichtsbarkeit war fruchtbar. Sie haben einander, in ihrer Arbeit gegenseitig unterstützt: Die Rechtsfakultäten gaben immer wieder Fachgutachten in Einzelfällen und die Rechtswissenschaft wurde auch von praktizierenden Juristen gepflegt. Einheitliche Strafrechtswissenschaft als solche existierte natürlich nicht; es wurde eine bunte Palette von Auffassungen von den einzelnen Strafrechtlern und Praktikern vertreten. In konkreten Punkten, wie etwa der Frage, ob die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als Tatbestandsmerkmal für das Delikt der Kindestötung anzusehen sei, wurden sogar manchmal völlig gegensätzliche Meinungen vertreten. Im Folgenden werden Standpunkte von etlichen Autoren dargestellt, die in der Entwicklung der deutschen Strafrechtswissenschaft eine beträchtliche Rolle gespielt haben.

1. Verfasser, die die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt an sich für strafbar hielten

Es war in der Rechtsliteratur des ausgehenden 18. Jahrhunderts fast allgemein verbreitet, die Verbergung der Schwangerschaft, schon gar die der Geburt mit Strafe zu ahnden.

a) Justus Claproth

Der Autor, Professor der Rechte zu Göttingen, hat in seinem viel zitierten "Ohnmaßgeblichen Entwurf eines Gesetzbuches" auch das Moment der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt eingehend erörtert. Er legt, wie gesagt, auf die Vorbeugemaßnahmen großes Gewicht, wenn aber diese sich als unzulänglich erweisen, kann die Verdachtsstrafe folgen. Die Stelle lautet: "Daferne aber eine schwangere Person... heimlich ein Kind zur Welt gebracht hätte, wenn selbigem gleich kein Leid widerfahren wäre, so soll sie dennoch mit einjähriger Zuchthausstrafe belegt werden."¹¹⁷ Wegen einer bloßen heimlichen Niederkunft will der Verfasser eine nicht unerhebliche Strafe verhängen. Die Verheimlichung der Schwangerschaft wird nicht erwähnt, Claproth glaubte sie wahrscheinlich vom Begriff der "verhehlten" Entbindung mitumfaßt.

Die Schuldvermutung und die Bestrebung nach einer Verdachtsstrafe ist am besten am Tatbestand zu erkennen, der den Fall des tot aufgefundenen Kindes regelt. Hier gibt es im wesentlichen zwei Varianten: erstens, daß die Person der Mutter gewiß ist; zweitens, daß sie unbekannt ist, eine Täterin aber "unbedingt" gefunden werden muß.

aa) Das Verfahren bei totem Kind

Beim toten Neugeborenen wird die mörderische Absicht der Mutter durchaus vermutet, es liegt also eine reine Schuldvermutung vor: "Fände man aber ein todes Kind nach einer heimlichen Geburt bey ihr, so soll sie sofort gefänglich eingezogen, und ihr der Prozeß

¹¹⁷ CLAPROTH, Criminalrecht, S. 61 f.

als einer Kindsmörderin gemacht, nach vorhergehender Recognition ihres Kindes, selbiges baldigst eröffnet, diese section nicht anders, als in ihrer Gegenwart, vorgenommen, und dabey nachdrücklich zum Bekenntnis ermahnet werden. Thäte sich nun hierbey hervor, daß das Kind keines natürlichen Todes gestorben wäre, so soll sie, ohne auf ihr Bekenntnis zu warten, nach geführter Defension, als eine Kindermörderin bestraft werden."¹¹⁸ Man muß wissen, daß Claproth die Folter als Beweismittel nicht mehr für tauglich gehalten hat. Er kann sich aber vom Gedanken, die Inquisit irgendwie doch zum Geständnis zu zwingen, noch nicht befreien.¹¹⁹ Es ist relativ klar: In Anwesenheit der Mutter die Section ihres eigenen Kindes zu vollziehen, ist eine Art der Folter und einfach unmenschlich; und dabei von ihr ein Bekenntnis zu verlangen, äußerst ungerecht. Wichtig ist aber nur, einen "Beweis" zu erhalten.

ab) Das Verfahren bei unbekannter Mutter

Wie tief die Schuldvermutung und der Wille zur Bestrafung der Angeklagten im strafrechtswissenschaftlichen Denken verwurzelt war, kommt *par excellence* ans Licht im Falle, daß eine Kindesleiche gefunden wird, die Person der Mutter aber unbekannt ist. Der Vorschlag von Claproth lautet: "Fände sich aber ein todes Kind, welches Zeichen eines unnatürlichen Todes an sich hat, ohne daß man die Thäterin wüßte, so soll auf folgende Umstände Achtung gegeben werden: a) ob eine, oder andere ledige Frauensperson vorhin mit einem hohen Leibe gesehen worden, welche b) gleichwohl keine Schwangerschaft von sich angegeben, oder c) selbige ausdrücklich geläugnet hat, dieselbe aber d) jetzo wiederum ohne hohen Leib gesehen wird, und e) blaß aussieht. Eine solche Person soll vorgefordert und folgendermassen visitirt werden: f) ob sich in der *regione pubis* und an dem Geburtsgliede eine geschwuest zeige, und mehr Geblüt, auch mehrere Tage hindurch, als bey der monatlichen Reinigung abgehe; g) ob der Unterleib weich ist und Runzeln hat; h) ob sich wahre Milch in den Brüsten findet, und in welcher Quantität? ob die Brüste hart sind und deren Betastung schmerzhaft ist; daneben auch i) in ihrer Wohnung fleißig nachgesucht werden, ob sich nicht die Nachgeburt, k) schmutziges Zeug, oder vergossenes Geblüt findet? Thut sich nun gewiß hervor, daß sie geboren haben müsse, und dennoch alles läugnet, so soll sie enthauptet werden."¹²⁰

Eine Reihe von Elementen der Verdachtsstrafe - es ist kaum nötig sie zu interpretieren. Auch wenn wir annehmen würden, daß die Beweisführung bezüglich des Faktums der Geburt wahrheitsgemäß sei, ist damit nur erwiesen, daß die Angeschuldigte entbunden hat. Das Problem, ob die gefundene Kindesleiche mit ihrem Kind identisch gewesen ist, ist für den Rechtspruch völlig indifferent gewesen - es wäre immerhin

¹¹⁸ Ebd.

¹¹⁹ CLAPROTH faßt seine Argumente gegen die Folter in zehn Punkten zusammen; siehe Criminalrecht, Fn. a) S. 181 f.

¹²⁰ A.a.O. S. 62.

damals unmöglich gewesen, eine solche Untersuchung von der medizinischen Seite her mit Erfolg durchzuführen. Und die Qualen der armen Frau sind damit noch nicht am Ende: Denn, wenn es "offenbar" ist, daß das Neugeborene durch grausame Gewalt getötet wurde, "so soll sie von unten herauf gerädert, und der Körper auf das Rad geflochten werden."

An Stelle der Todesstrafe würde er die Freiheitsstrafe nur erlauben, wenn die Umstände des Todes beim Kind "ungewiß" sind bzw. das Neugeborene körperlich schwer behindert war.¹²¹

Die Zeit von Claproth war eine ziemlich komplizierte Periode der deutschen Strafrechtsgeschichte, eine Periode großer Umbrüche: Mit der Abschaffung der Folter ist die "Krücke" aus der Hand der Strafrechtspflege gefallen, allein laufen hat sie aber noch nicht gelernt. Der Autor ist wohl noch in der Epoche der gemeinrechtlichen Strafjustiz erwachsen, erlebte aber auch deren Untergang. Alles konsequent aufzuarbeiten war ihm jedoch nicht möglich. Entschiedener Anhänger der Todesstrafe (ja manchmal deren qualifizierter Art), war er zugleich Gegner der Folter. Auch seine Auffassung von der "peinlichen Frage" ist durchaus widersprüchlich: Er behandelt die Marter als schädliches und überflüssiges Mittel (und bemerkt dabei: "Alles ist Folter, die Quale verursacht"), doch würde er die Leiche eines tot gefundenen Neugeborenen in der Anwesenheit seiner Mutter sezieren lassen, um ein Bekenntnis herauszupressen.

b) Karl Ludwig von Grolman

Der junge Grolman¹²² (22 J. alt) hat sich vom Gedanke der Verdachtsstrafe zwar abgegrenzt, hat aber die Strafe bei bloßer verheimlichter Schwangerschaft und Geburt erlaubt. So schreibt er: "Wenn das allgemeine Erfordernis - Tödtung - nicht bewiesen ist, so kann von einer Bestrafung des Kindermords schlechterdings nicht die Rede seyn, wenn gleich aus der hervorgegangenen Verbergung der Schwangerschaft und Verheimlichung der Geburt einige Vermuthungen entstehen sollten; denn nur das gewiß begangene Verbrechen, nicht das präsumtive, kann bestraft werden. Die Strafe der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt dagegen kann allerdings verwirkt seyn."¹²³

Es ist zu sehen, daß das Verhältnis zwischen der Verdachtsstrafe und der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt für Grolman unklar war. Er hielt es für möglich, einerseits die Verdachtsstrafe zu verneinen, andererseits eine an sich für verdächtig betrachtete Handlung, die "verhehlte" Schwangerschaft und Entbindung, selbständig zu pönalisieren. So formuliert er: "Da indessen die absichtliche Anstellung einer

¹²¹ So heißt es: "Eben diese Strafe (d.h. Werkhausstrafe auf Lebenszeit) soll alsdann eintreten, wenn sich bey der Section fände, daß es ungewiß sey, ob daß Kind lebendig zur Welt gekommen, oder auch schlechterdings zu behaupten stünde, daß es tod zur Welt gekommen seyn müßte; nicht weniger, wenn das kind mit solchen Naturfehlern behaftet, daß es nach der Meynung derer Aerzte nicht lange hätte leben können." A.a.O. S. 64.

¹²² Über Karl Ludwig von GROLMAN (1775 bis 1829) siehe KLEINHEYER/SCHRÖDER, S. 18, 84 f., 111-114.

¹²³ GROLMAN, Grundsätze, S. 395. (§ 277)

hülfslosen Geburt eine Handlung ist, welche, wenn auch nicht nothwendig mit einer bösen Absicht gegen das Leben des Kindes verbunden, doch unstreitig eine Vernachlässigung der Mutterpflichten und ein unzweydeutiger Beweis einer solchen absoluten Sorglosigkeit ist, welche selbst nicht einmal das Leben und die Gesundheit des Kindes berücksichtigt, und welche selbst in dem Bewustseyn der Rohesten als strafbar erscheinen muß.¹²⁴

Es wird von ihm bemerkt, daß diese Handlung in Deutschland schon viel früher als strafbar betrachtet worden sei, und mit Fustigation, oder einer ähnlichen Strafe bestraft war.¹²⁵ Diese "gute, alte" Gewohnheit hat einfach weitergelebt, meint Grolman, und erwähnt den damaligen Gerichtsgebrauch zustimmend: "Auch in der neueren Rechtsprechung hat sich dieser Grundsatz erhalten, und man straft daher dergleichen Handlungen immer mit 4-6 jähriger Zuchthausstrafe, welche man, bey den Umständen, bis zu 8 und 10 jähriger erhöht."¹²⁶

c) Karl August Tittmann

In der wissenschaftlichen Tätigkeit des Autors, der mit Kleinschrod zusammen als entschiedener Mitkämpfer für die Spezialpräventionstheorie von Grolman gegen Feuerbach gilt,¹²⁷ ist ein Bruch in der Beurteilung der Kindestötung bezüglich der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt festzustellen. Während in seinem 1800 erschienenen Buch¹²⁸ über die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung noch kein Wort fällt - und so natürlich auch von der Bestrafung solcher Handlungen nicht die Rede ist -, erscheint bei ihm dieser Begriff etwa zwanzig Jahre später.¹²⁹ Man könnte sagen, daß er die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt nicht mehr ganz streng pönalisiert, sondern sie eher als Gefährdungsdelikt betrachtet, wie folgt: "Allein die Verheimlichung der Schwannafft kann an sich ein Polizeivergehen seyn, in so fern überhaupt diese Verheimlichung zu unglücklichen Geburten Veranlassungen geben kann."¹³⁰

Das Ermessensrecht in dieser Frage der Polizei zu übergeben, scheint nicht unbedingt eine gute Idee zu sein, weil die die Inquisit schützenden rechtlichen Garantien

¹²⁴ Ebd. S. 398. (§ 278)

¹²⁵ Vgl. CARPZOW, Qu. 15 Nr. 40, 42, 43, 48. Es geht hier aber vor allem um den Fall, daß das Neugeborene tot gefunden wird - siehe die Überschrift der Nummer 39 (a.a.O.): "*Quomodo punienda mulier, quae occultando graviditatem et puerperium, causam infanticidii praebet?*"

¹²⁶ GROLMAN, Grundsätze, S. 398 f. (§ 278); vgl. MEISTER, Bemerkungen, S. 47 ff.

¹²⁷ Vgl. EB.SCHMIDT, Einführung, S. 228. (§ 220)

¹²⁸ Siehe TITTMANN, Grundlinien.

¹²⁹ Vgl. TITTMANN, Handbuch.

¹³⁰ Ebd. S. 351 f.

beim Polizeivergehen wahrscheinlich schwächer gewesen sind. Er sah ganz genau, warum es gefährlich sei, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt ohne weiteres als eine Anzeige für einen Kindesmord anzusehen: "Indessen giebt die Verheimlichung der Schwangerschaft an sich keinen Grund zur Vermuthung eines Kindesmordes, eben weil sich für sie noch eine andere zureichende Ursache, Vermeidung der Schande, denken läßt, und diese ganz ohne die entfernteste Absicht auf Kindestötung bestehen kann, wenn schon dem Kindermord Verheimlichung der Schwangerschaft vorauszugehen pflegt."¹³¹

d) Johann Christian Edler von Quistorp

Auffallend ist, daß die strafrechtliche Qualifikation der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt auch bei einem anderen Autor dieser Zeit eine wesentliche Änderung erfährt. Quistorp behandelt in der ersten Auflage seines Handbuchs über das "teutsche peinliche Recht"¹³² die "Verhehlung" der Schwangerschaft und Entbindung noch völlig im Geist der *Carolina*: "Die bloße Verheimlichung der Schwangerschaft macht zwar nach dem gemeinen Recht eine Vermuthung wegen des Kindermords Art. 35 P.H.G.O. Es kann inzwischen dieselbe die wirkliche Vollbringung nicht beweisen, und zur Verurtheilung nicht hinreichend geachtet werden. Ang. Art. 22. P.H.G.O."¹³³

Gut zwanzig Jahre später ändert sich seine Meinung und er spricht von der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, als einer höchst gefährlichen Handlung, die unbedingt bestraft werden soll.¹³⁴ Auch die Überschrift des Paragraphen 274 ist sehr aufschlußreich: "Von der Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung und dem daher muthmaßlich beabsichtigten Kindermord". Es geht hier nicht nur darum, daß die Schuld der Tötung vermutet wird - als nächste Schwierigkeit tritt die Aufgabe des Inquisiten hervor, ihre Unschuld zu beweisen. Die Hauptfrage ist natürlich zu klären, ob das Leben des Kindes durch gewaltsame Handlung genommen ist, oder der Tod desselben aus natürlichen Ursachen erfolgte.

Quistorp ist der Meinung, daß die Strafe bei verheimlichter Schwangerschaft und Geburt, auch wenn der natürliche Tod des Neugeborenen sicher ist, doch gerecht sei: "Sollten es jedoch die Umstände vermuthen lassen, daß ein Kind bey, oder nach der Geburt, aus natürlichen Ursachen verstorben sey, so ist dennoch die Angeschuldigte, die den Verdacht einer bey Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und Entbindung gelegten

¹³¹ A.a.O. S. 351. (§ 171) Ein Kritiker TITTMANNs hat seinen ganzen Entwurf (d.h. das Handbuch) mit sehr rigorosen Worten belegt: "Der tittmannsche Entwurf... ist, als ein bloßer Ausfluß der Speculation, der innern Wahrheit ermangelnd in allen seinen Theilen für durchaus verfehlt zu erachten." GANS, S. 382.

¹³² Siehe QUISTORP, Grundsätze I.

¹³³ Ebd. S. 296 f.

¹³⁴ Auch JARCKE war der Meinung, daß die selbständige Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft notwendig sei: "Hat die Geschwächte wirklich ihren Zustand bis zur Entbindung verhehlt, so ist in diesem Augenblicke der Reiz, Hand an das Kind zu legen, doppelt so groß." Beiträge, S. 192.

bösen Absicht, ihr Kind zu tödten, nicht ablehnen kann, mit einem, ein oder mehrjährigen Zuchthause nach Bewandniß der Umstände zu bestrafen. Sollte es endlich auch zwar gewiß seyn, daß das Kind, wovon die Rede, aus natürlichen Ursachen verstorben, oder todt zur Welt gekommen sey, dabey aber doch der Angeschuldigten die Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und absichtlich veranstaltete hülfslose Niederkunft zur Last kommen, so ist sodann dieselbe willkürlich mit Gefängnis oder mit dreymonatlichem bis halbjährigem Zuchthause zu bestrafen."¹³⁵

Es ist sehr interessant, daß der Verfasser im letzten Satz dem Ausdruck "willkürlich" Bedeutung zuerkennt: Er bezieht sich zugleich auf die Verdachtsstrafe und auf die außerordentliche Strafe im herkömmlichen Sinne. Der Begriff "willkürliche Strafe" ist im allgemeinen bekannt als Synonym der *poena arbitraria*, also die "klassische" *poena extraordinaria*; dies trifft zu, weil der Richter das Recht hätte (obwohl begrenzt), frei die Strafe zu verhängen. "Willkürliche Strafe" heißt hier auch die Form der Verdachtsstrafe, weil das Wesen des Tatbestandes hier ist, daß der Autor ein für äußerst gefährlich angesehenes Verhalten, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt selbständig pönalisiert, und dies ist schon eine echte Verdachtsstrafe.

Es scheint so, daß das neue beweisrechtliche Problem - daß die Folter nicht mehr angewendet werden konnte - in der Aufklärungszeit eine Zeitlang auch in der Rechtstheorie eine gewisse Zurückentwicklung mitgebracht hat. In der "originellen" Epoche des gemeinen Rechts galt die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nicht als selbständiges Verbrechen, sondern bloß als Indiz für die Anwendung der Tortur. Dies war eine "reine" Lösung gewesen. Weil aber die gemeinrechtliche Methode im Prozeßrecht gescheitert ist, wurde auch die "Verhehlung" der Schwangerschaft und Entbindung zum grundsätzlichen Problem. Es läßt sich sagen, daß in der strafrechtlichen Denkweise der deutschen Juristen im 18. Jahrhundert noch die Auffassung vertreten worden ist, daß eine an sich so verdächtige Handlung wie die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, nicht unbestraft bleiben darf. Seit Beginn des 19. Jahrhunderts gewinnt aber die Meinung an Bedeutung, die diesem Moment eine ganz andere Bedeutung beigelegt hat.

2. Verfasser, die den Tatbestand der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt nicht mehr pönalisieren wollen

Die moderne Auffassung, die Verhehlung der Schwangerschaft und Entbindung an sich nicht mehr als strafbar zu betrachten, konnte sich nur langsam durchsetzen. Die ersten Zeichen dafür sind schon im 18. Jahrhundert zu beobachten.

a) Christian Gottlieb Gmelin

Obwohl die Vertreter der Strafrechtswissenschaft die selbständige Pönalisierung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt in den 70er und 80er Jahren des 18.

¹³⁵ QUISTORP, Grundsätze II, S. 428.

Jahrhundert noch bejaht haben, gab es trotzdem solche, die sie für problematisch gehalten haben. Gmelin, Professor der Rechte in Tübingen, war ähnlich seinem Zeitgenossen und Kollegen Claproth ein entschiedener Anhänger der Todesstrafe, auch seine Argumentation dafür entsprach völlig dem Zeitgeist: "Die Strafe der Tödtung kan durchaus keine andere als Todesstrafe seyn; bald reizen Gewinnsucht, bald Haß und Feindschaft und andere schlechte, aber immer starke Bewegungsgründe dazu, welche ein starkes Gegengewicht erfordern."¹³⁶

Durch die starre Anhänglichkeit an die Todesstrafe wird noch die gemeinrechtliche Denkart gekennzeichnet, die die harten, ja grausamen Strafen als gerecht und zweckmäßig angesehen hat; Gmelin aber nimmt in der Frage der Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft verblüffenderweise schon im Geist des 19. Jahrhunderts Stellung: "Auf bloße Verhehlung der Schwangerschaft aber, wenn sie nicht wirklich in unternommenen Kindermord offenbar ausartet, darf keine Strafe gesetzt werden, weil zu besorgen ist, daß diese Strafe erst eine Mutter die es sonst unterlassen hätte, zu Ausführung des Mords bestimmen würde."¹³⁷ Er faßt das Problem völlig praktisch auf: Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt mit Strafe zu ahnden, sei nicht ratsam, weil die Strafrechtspflege dadurch eben eine gute Möglichkeit verliert, dem Verbrechen der Kindestötung vorzubeugen.

Es ist aufschlußreich, die Ansicht von Gmelin über diese Frage mit der Auffassung von Claproth zu vergleichen.¹³⁸ Claproth erwähnt die Verheimlichung der Schwangerschaft als strafwürdige Handlung überhaupt nicht, "nur" die geheime Entbindung und die vermutete Kindsmörderin wäre mit Strafe geahndet worden. Demgegenüber behandelt Gmelin nur die Verheimlichung der Schwangerschaft - und zwar recht fortschrittlich: sie bliebe bei ihm unbestraft. Ist es aber vorstellbar, daß ein Verfasser 1785, nur zehn Jahre später als Claproth, noch der festen Meinung ist, die vermutliche Täterin unbedingt bestrafen zu müssen, wenn er auch die Handlung der verheimlichten Niederkunft (eventuell begangenen Tötung) nicht für strafbar erachtet hätte? Es wäre kaum zu glauben. Gerade weil die Wirkung des gemeinen Rechts noch stark war, faßte auch Gmelin diese Problematik wahrscheinlich in jenem Sinne auf: Und es ist wohl zu wissen, daß die verheimlichte Schwangerschaft in der *Carolina* bloß als ein Indiz für die Kindestötung galt, auf keinen Fall als ein selbstständiges Delikt. Der oben zitierte Satz von Gmelin bezieht sich nur auf den Fall, daß das Neugeborene nicht stirbt. Wie hätte aber Gmelin entschieden, wenn das (oder ein) Kind tot gefunden wird? Es ist vorstellbar, daß auch er die Absicht der Mutter (bzw. der vorausgesetzten Mutter), ihr Kind zu töten, vermutet hätte.

Man hat jedoch das Gefühl, daß in der Grundauffassung von Gmelin eine Schwerpunktverschiebung stattgefunden hat. Die gemeinrechtliche Denkweise wurde völlig durch die Schuldvermutung geprägt: Dies erscheint besonders klar in der universal

¹³⁶ GMELIN, S. 136. (§ 67); vgl. CLAPROTH, Criminalrecht, S. 61 ff.

¹³⁷ A.a.O. S. 146. (§ 68)

¹³⁸ Siehe den Punkt III/1/a) diesen Kapitels über CLAPROTH.

verbreiteten Anwendung der Folter. Gmelin ist aber nicht nur dagegen - auch Claproth hat die Folter verneint -, er geht ein Stück weiter. In der Tatsache, daß er von vornherein voraussetzt, daß die Mutter in Ermangelung der Pönalisierung der verheimlichten Schwangerschaft das Verbrechen der Kindestötung überhaupt nicht begangen hätte, ist der Fortschritt greifbar. In diesem Argument läßt sich das entscheidende Moment für seine moderne, aufgeklärte Auffassung finden: Er vermutet schon nicht mehr starr die Schuld der Mutter, sondern eben umgekehrt. In seiner Formulierung zeichnet sich schon langsam die Niederlage der alten Schuldvermutung ab.

b) Ein gelehrter Praktiker: Bartz

Bartz, ein Autor aus dem frühen 19. Jahrhundert, war der Meinung, daß an der Pönalisierung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt allein die Strafrechtspflege "schuldig" ist: "Das bloße Faktum, daß man öfter gestraft hat, die Praxis, ist keine gültige Quelle zur Rechtfertigung einer solchen Strafe, sie hat nur als Gewohnheitsrecht legale Kraft, und Gewohnheitsrecht kann nie gemeines Recht werden."¹³⁹ Bartz erwähnt drei Varianten dafür, wie die "verhehlte" Schwangerschaft und Geburt zur Bedeutung kommt:

1) Als "involvirter Conat zum Kindermord von jener Handlung an und für sich selbst."¹⁴⁰ Es ist natürlich sehr schwer, die Tötungsabsicht zu beweisen - außer dort, wo die Last des Beweises die Angeschuldigte trägt! Und wir wissen, daß ein solcher Fall gar nicht als Ausnahme galt. Aber auch, wenn die tödliche Absicht erwiesen wird, ist auf keinen Fall die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, sondern ein juristisch konstruierter Versuch des Kindsmordes zu bestrafen.

2) Es kann auch vorkommen, daß in der Verhehlung der Schwangerschaft und Entbindung ein *infanticidium culposum* vorliegt. Das Problem ist ähnlich: Der Mord selbst ist es, der zu pönalisieren sei, nicht die Verbergung des erwähnten Zustandes.

3) Endlich als selbstständiges Verbrechen, *delictum sui generis*. Dies lehnt Bartz aber völlig ab: "Von selbst fällt in die Augen, daß nach dem bey dieser Bestrafung unterstellten Prinzip nicht die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt als für sich bestehende Handlung, sondern das *crimen infanticidii* als der Gegenstand der Bestrafung und die strafbare That angesehen werde und jene Verheimlichung nur als Beweis des beschuldigten Kindertodtschlages diene."¹⁴¹

Da die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nur ein Verdachtsgrund ist, aus dem eine begangene Kindestötung erfolgen kann, ist deren Bestrafung nichts anderes als "die verbotene rechtswidrige *poena extraordinaria*" als ungerechte Verdachts-

¹³⁹ BARTZ, S. 75. Über die Person des Verfassers ist nichts bekannt.

¹⁴⁰ Diese Variante taucht später auch bei ABEGG auf: "Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft sind wenigstens gemeinrechtlich nicht, sondern nur in sofern strafbar, als sie unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung und des Versuchs zum Morde fallen." Criminalprocess, S. 354. (§ 255)

¹⁴¹ A.a.O. S. 68.

strafe: "auf Anzeigen kann durchaus nicht gestraft werden."¹⁴² Bei der Beurteilung eines strafrechtlichen Problems galt als Eckstein auch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts das gemeine Recht, praktisch die *Carolina* selbst. Bartz argumentiert überzeugend dafür, daß die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung für sich genommen weder nach der *Carolina*, noch dem römischen, noch dem kanonischen Recht für strafbar gehalten werden kann.¹⁴³

Grolman und Quistorp werden von ihm scharf kritisiert: Es fällt auch Bartz auf, daß ein Rückfall in der wissenschaftlichen Tätigkeit von Quistorp erkennbar ist, insofern er in der 6. Auflage seines Werkes (Grundsätze) für die Verbergung der Schwangerschaft und Entbindung 3 bis 6 monatiges Zuchthaus vorschrieb. Und dies ist noch eine "Kleinigkeit" im Vergleich mit den 4 bis 6 Jahren Zuchthausstrafe, die von Grolman für die Praxis angenommen werden.

Bartz stimmt demgegenüber mit den Ansichten von Ernst Ferdinand Klein in dieser Frage vollkommen überein: "Außer den Anzeigen der vorhergehenden Schwangerschaft und der nachfolgenden Geburt kommt als eine besonders gesetzliche Anzeige des begangenen Kindermordes nach der P.G.O. Art. 131 die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt in Betrachtung. Allein obgleich zur peinliche Frage deshalb geschritten werden soll, so kann doch nach gemeinem Rechte die Verbergung der Schwangerschaft und Geburt für sich genommen, nicht als eine strafbare Handlung betrachtet werden, obgleich, wenn die daraus entstehende Vermuthung des Kindermordes nicht gehoben werden kann, eine außerordentliche Strafe erkannt wird."¹⁴⁴

Danach zeigt Klein das Dilemma der Strafrechtspflege: Nach dem gemeinen Recht müßte bei Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt auf Tortur erkannt werden, die aber weitgehend schon abgeschafft ist - es bleibt nur die außerordentliche Strafe, die ebenso als untauglich für den gerechten und gewissenhaften Rechtsspruch gilt. Also: weder die Tortur noch die außerordentliche Strafe. "Es wäre wol zu wünschen, daß zu Vermeidung dieser außerordentlichen Strafe, welche selten gerechtfertigt werden kann, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft durchgängig, wie im Preussischen, verboten würde."¹⁴⁵ - schlägt Klein vor.

c) Karl Joseph Anton Mittermaier

Der Heidelberger Professor, eine maßgebliche Persönlichkeit der deutschen Rechtswissenschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, hat sich eingehend mit den strafrechtlichen Aspekten der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt beschäftigt. Ähnlich wie

¹⁴² A.a.O. S. 69 f.

¹⁴³ Vgl. a.a.O. S. 72 ff.

¹⁴⁴ KLEIN, Grundsätze, S. 272. (§ 351); vgl. MEISTER, Bemerkungen, S. 47 ff.

¹⁴⁵ Ebd.

Bartz erwähnt auch er drei Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung in Betracht gezogen werden müssen, genauer gesagt: wie sie überhaupt relevant werden kann. "Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft kommt für den Criminalisten in Betrachtung, a) in so fern sie ein Erfordernis des Thatbestandes des Kindermordes, b) oder als Indicium dieses Verbrechens zu berücksichtigen ist, oder c) als ein eigenes selbständig zu betrachtendes Vergehen erscheint."¹⁴⁶ Es ist auffallend, daß obwohl Bartz seine Gliederung mehr im prozeßrechtlichen Sinne, Mittermaier aber materiellrechtlich vornimmt, die selbständig pönalisierte Verbergung der Schwangerschaft und Entbindung bei beiden dennoch vorkommt.

Die Verheimlichung jenen Zustandes wird bei ihm in drei getrennten Phasen untersucht, deren straf(verfahrens)rechtliche Bewertung unterschiedlich ist: 1) Verheimlichung der Schwangerschaft, 2) "Veranstaltung hilfloser Niederkunft", und 3) Verbergung der Geburt. Die meisten Probleme entstehen bei der Pönalisierung der Verheimlichung der Schwangerschaft. Auch in bezug auf die Problematik der Verdachtsstrafe ist die erste zugleich die wichtigste Variante. Mittermaier argumentiert überzeugend dafür, daß diejenigen strafrechtlichen Gesichtspunkte, wonach diese Handlung von der Praxis oft mit Strafe belegt ist, sich sehr leicht relativieren, aber sehr schwer legalisieren lassen.¹⁴⁷ Es ist z.B. schwer, die Strafe zu begründen, wenn eine Person sich anzeigen, oder überhaupt eine schwangere Frau angezeigt werden sollte, die Anzeige aber unterbleibt: Welchen Personen die Schwangerschaft angezeigt werden solle; wann die Schwangere ihren Zustand anzuzeigen, zu offenbaren habe; was gilt als Verheimlichung der Schwangerschaft überhaupt? etc. Obzwar u.a. die preußischen und bayerischen Kodices und mehrere Verordnungen dafür Bestimmungen enthalten, haben aber die betroffenen "Weibspersonen" diese Vorschriften gekannt? Wahrscheinlich nicht. Und noch ein Einwand dagegen: Gegen die Selbst-Anzeige eines geschwängerten Mädchens protestiere die elementarste menschliche Beschaffenheit. Das Schamgefühl der Betroffenen untersagt es. Ein kluger Gesetzgeber darf also darauf keine Strafe gründen - meint zu recht Mittermaier. "Soviel ist aber ziemlich allgemein anerkannt, daß das Gebot, die Schwangerschaft anzuzeigen, kein *delictum juris gentium* ist"¹⁴⁸

In seiner Argumentation spielt noch die Autorität des gemeinen Rechts eine unentbehrliche Rolle. Er führt seinen Beweis darauf zurück, daß die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt demnach im Grunde überhaupt nicht bestraft werden dürfte: "Wer mag läugnen, daß gemeinrechtlich die Entschuldigung jeder Schwangern, die vor dem 9ten Monate entbunden wurde, daß sie noch habe anzeigen wollen, gehört werden

¹⁴⁶ MITTERMAIER, Beiträge II, S. 323.

¹⁴⁷ Vgl. MITTERMAIER, Verheimlichung I, S. 379 ff. Wie von einem anderen Autor betont wurde; es ist ein äußerst wichtiger Aspekt, daß die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt auch aus anderen Ursachen, als bloß der Tötungsabsicht geschehen kann: "Allein ein unbedingter Schluß würde sich hieraus doch nicht in allen Fällen rechtfertigen; die Mutter, die schon früher den Plan gefasst hatte, ihr Kind umzubringen, wird meist ihre Lage verheimlichen; aber nicht umgekehrt kann jede Verheimlichung, die ja auch andere naheliegende Gründe hat, nur aus der Absicht der Tödtung erklärt werden." ABEGG, Criminalprocess, S. 350. (§ 252)

¹⁴⁸ MITTERMAIER, Verheimlichung II, S. 575.

müßte? - Man fühlt daher leicht, daß Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft zu den Vergehen gehören, die gemeinrechtlich straflos seyn müssen, weil kein Gesetz bestimmt, daß und wie angezeigt werden soll.¹⁴⁹

Im Falle "hilfloser" Geburt geht es um eine völlig andere Situation. Die Fahrlässigkeit, Nachlässigkeit, wenn das Kind wirklich stirbt, ist der Mutter meist mit Recht zuzurechnen.¹⁵⁰ Es kommt nämlich sehr oft vor, daß die Mutter für die Entbindung einen höchst gefährlichen, gesundheitsgefährdenden Platz auswählt, z.B. einen kalten Keller. Der Richter jedoch soll beweisen müssen, daß diese abnormen Umstände den Tod des Neugeborenen verursacht haben. Die Strafe darf erst verhängt werden, wenn mindestens eine fahrlässige Tötung bewiesen wurde. Andernfalls gibt es nur ein Indiz mehr.

IV. Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als Tatbestandsmerkmal der privilegierten Kindestötung

Was die Entwicklung der strafrechtlichen Denkweise - sowohl in der Gesetzgebung, wie auch in der Jurisprudenz - bezüglich des Verbrechens der Kindestötung angeht, scheint es ein wichtiger Gesichtspunkt in der Beurteilung zu sein, ob die Verbergung der Schwangerschaft und Niederkunft als Tatbestandsmerkmal betrachtet wird oder nicht.

Die Kindestötung in engerem Sinne,¹⁵¹ als ein spezieller Fall der Verwandtentötung, war in der angegebenen Epoche schon zum privilegierten Delikt geworden und wurde mit erheblich milderer Sanktionen geahndet. Es war im 18. Jahrhundert, ja auch noch im nächsten Jahrhundert lange allgemein verbreitet, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft für ein Tatbestandselement zu halten. Dahinter stand der Gedanke, daß die Begehung dieses Verbrechens hauptsächlich durch das Bestreben nach Ehrenrettung motiviert ist: "Allgemein war anerkannt, daß dieses Delikt im wesentlichen aus Scham und Angst vor der gesellschaftlichen Schande, der Strafe vor unehelichem Beischlaf und wirtschaftlichen Schwierigkeiten verübt wurde."¹⁵² Man fand es also nur logisch, wenn der Tatbestand jenes privilegierten Verbrechens die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt enthält, d.h. wenn der ganze Vorgang des eigentlichen Verbrechens im Geheimen bleibt. Damit war aber der Kreis der Handlungen, die dabei zur Sprache kommen konnten, beschränkt: Es genügt ein Mangel an Verheimlichung, und die "Täterin" ist bereits von der günstigeren Beurteilungsmöglichkeit ausgeschlossen. Deshalb gilt es als fortschrittlicher, wenn ein Autor das Moment der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt nicht mehr für ein Tatbestandsmerkmal hält - dadurch kann

¹⁴⁹ A.a.O. S. 562 f.; vgl. MITTERMAIER, Zusatzparagraph 238a, in: FEUERBACH, Lehrbuch, S. 398 f.

¹⁵⁰ So heißt es: "In so fern nun, als die hilflose Geburt unter den Gesichtspunkt einer culposen Kindestötung gestellt werden kann, ist auch der Richter im gemeinen Rechte zur Strafanwendung berechtigt." MITTERMAIER, a.a.O. S. 578.

¹⁵¹ Vgl. SPANGENBERG I, S. 3.; ABEGG, a.a.O. S. 348. (§ 250)

¹⁵² ST.SCHMIDT, S. 116.; vgl. ROßHIRT, S. 347.

nämlich die Anzahl der bedauernswürdigen Täterinnen vermehrt werden.

1) Die überwiegende Auffassung, die die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt für zum Begriff der Kindestötung gehörend hält

Die gemeinrechtliche Denkweise war unfähig, das Verbrechen des "Kindesmordes" unabhängig vom Moment der Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt zu betrachten.

a) Die Bestimmungen der Carolina

Die CCC genoß im 18. Jahrhundert noch ein fast unerschütterliches Ansehen - bei der Behandlung eines strafrechtlichen Problems mußte sie unbedingt in Betracht gezogen werden. Sie enthält einige wichtige Regelungen über die Verbergung der Schwangerschaft und Entbindung im Falle der Kindestötung. Sie wurde oft zitiert und manchmal ganz verschieden interpretiert. Es geht um die Art. 35 und 131 der *Carolina*, deren einschlägige Passagen hier angeführt werden dürfen:

"Von heymlichem kinder haben, und tödten durch jre mütter, gnugsam anzeygung
Art. 35. Item so man eyn dirn so für eyn jungfraw, imm argkwon hat, daß sie heymlich eyn kindt gehabt, unnd ertödt habe, soll man sonderlich erkunden, ob sie mit eynem grossen ungewonlichen leib gesehen worden sei, Mer, ob jr der leib kleyner worden, und darnach bleych unnd schwach gewest sei. So solche und dergleich erfunden wirdet, wo dann die selbig dirnn eyn person ist, darzu man sich der verdachten thatt versehen mag, Soll sie durch verstendig frawen an heymlichen stetten, als zu weither erfahrung dienstlich ist, besichtigt werden, würd sie dann daselbst auch argkwönig erfunden, und will der thatt dannocht mit bekennen, mag man sie peinlich fragen.

Straff der weiber so jre kinder tödten

Art. 131. Item welches weib jre kind, das leben und glidmaß empfangen hett, heymlicher boshafter williger weiß ertödtet, die werden gewonlich lebendig begraben unnd gepfelt...

So aber eyn weibschild, als obsteht eyn lebendig glidmessig kindlein, das nachmals todt erfunden, heymlich geborn unnd verborgen hett, unnd so die selbig erkundigte mutter deßhalb besprachit würd, entschuldigungs weiß fürgeben, als dergleichen je zu zeitten, an vnnd gelangt, wie das kindlein on jr schuldt todt von jr geborn sein solt, wolt sie dann solch jr unschuld durch redlich gut vrsachen, und vmbstende durch kundtschaft außfñrn, damit soll es gehalten und gehandelt werden, wie am vier und sibentzigsten artickel anfehend... Doch so eyn weibßchild eyn lebendig glidtmessig kindlein also heimlich tregt, auch mit willen alleyn, und on hilff anderer weiber gebürt, welche on hilfliche geburt, mit tödtlicher verdecktlicheyt geschehen muß..."

Wie zu sehen ist, betont die *Carolina* bei der Behandlung der Kindestötung an einigen Stellen die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung. Die Autoren, die diese Heimlichkeit zum Tatbestand des Verbrechens rechnen, führen ihre Argumenta-

tion meist darauf zurück.

b) Meinungen der Rechtsgelehrten

Aus der Definition der Kindestötung und deren Auslegung ist ersichtlich, welche Rolle die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt beim jeweiligen Autor spielt. Sie lautet bei Grolman so: "Die von einer ihrer Geschlechtsehre nicht verlustigen Mutter selbst begangene Tödtung eines neugeborenen, unehelichen, lebensfähigen Kindes, von dessen Existenz nur sie und ihre Vertrauten wissen, ist das Verbrechen, welches man unter dem Kindermorde (*infanticidium*) in dem engeren Sinne zu verstehen pflegt... Außerdem wird aber erfordert... daß die Existenz des Kindes noch niemand, als der Mutter selbst und denen, welche in das Geheimniß gezogen waren, bekannt sey; denn die Bekanntwerdung der Existenz des unehelichen Kindes ist es eigentlich, was den Verlust der sogenannten Geschlechtsehre würcken kann. Eben darum muß dem eigentlichen Kindermord immer Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt vorausgegangen seyn."¹⁵³ Die Logik der damaligen juristischen Denkweise wird durch dieses Zitat plastisch illustriert.¹⁵⁴

Wie erwähnt, stimmt auch Tittmann mit dieser Meinung und Formulierung vollkommen überein.¹⁵⁵ Er betont zugleich, daß das Verbrechen auch durch eine verheiratete Frau begangen werden kann: "Allein außer der Ehe braucht es gerade nicht erzeugt zu seyn, denn auch im Ehebruche erzeugte Kinder gehören hieher, weil bei ihnen dieselben Verhältnisse eintreten, wie bei jenen."¹⁵⁶ Diese Bemerkung ist überraschend, weil sie zeigt, daß das Bestreben, weitere Angeschuldigten in den Kreis der Täterinnen dieses

¹⁵³ GROLMAN, Grundsätze, S. 392 f. (§ 276); ähnlich formuliert TITTMANN: "Nothwendig aber führt der Begriff des Kindermordes die Voraussetzung mit sich, daß die Mutter ihre Schwangerschaft verheimlicht habe, indem sonst die Absicht der Vermeidung der Schande einer unehelichen Geburt nicht mehr bezweckt werden kann." Handbuch, S. 351.

¹⁵⁴ Vgl. GANS, S. 31.; JORDAN, S. 73 ff.; CLOSMANN, S. 14.; ABEGG, a.a.O. S. 349 ff.

¹⁵⁵ Die Elemente des Verbrechens der Kindestötung bei TITTMANN: "Zum Thatbestande bei diesem Verbrechen, wird erfordert I) die Gewißheit, daß die Geburt geschehen sey a), II daß das Kind nach der Geburt gelebt b), und Lebensfähigkeit (*vitalitas*) gehabt habe c), und III daß die Tödtung durch eine Handlung d) der Mutter e) geschehen sey." Grundlinien, S. 106. (§ 139)

¹⁵⁶ TITTMANN, Handbuch, S. 343. Übereinstimmend formuliert auch SPANGENBERG: "Kindermord kann dieselben Quellen haben, wie Kinderabtreibung, Armuth, Sucht zum Vergnügen und Furcht durch die langweilige Periode des Säugens in demselben gestört zu werden, Haß gegen den Mann, Furcht vor dem Manne, falls die Mutter ein aus Ehebruch erzeugtes Kind in sich trägt, und es ist daher gar nicht abzusehen, warum man hier zwischen ehlicher und unehlicher Geburt unterscheiden will." S. 24 f. ROßHIRT betont daneben das Erfordernis, daß der Täter (bzw. die Täterin) des Delikts ausschließlich die Mutter sein kann: "Man bemerke wohl, daß hier von der Tödtung des Kindes durch die Mutter die Rede, und eine Ausdehnung auf den Vater durchaus nicht zu rechtfertigen ist." S. 344. MITTERMAIER bezieht sich sogar auf die *Carolina*: "Die Behauptung, daß der Art. 131. C.C.C. überhaupt die Tödtung eines neugeborenen Kindes ohne Unterschied, ob es in der Ehe oder außer derselben erzeugt worden, und ohne Unterschied, ob Mutter oder Vater diese Tödtung verübt hat, hervor gehoben habe, wird durch viele nicht unbedeutende gründe widerlegt." Beyträge I, S. 8 f.

privilegierten Delikts hereinzuziehen, schon lebendig ist.

Feuerbach hält die Verheimlichung der Schwangerschaft für so wichtig, daß er sie auch in die Definition der Kindestötung hereinnimmt: "Kindesmord (*infanticidium*) ist die von einer Mutter, nach vorgängiger Verheimlichung der Schwangerschaft, an ihrem neugeborenen, lebensfähigen, unehelichen Kinde, begangene Tödtung."¹⁵⁷ Das Ehrenrettungs-Motiv ist bei ihm besonders stark: "Die Furcht vor dem Verlust der Geschlechtsehre, - diese gewöhnliche, an sich edle, und gerade in bessern Gemüthern vorzüglich gewaltige, Triebfeder zur Begehung des Kindesmordes - ist der Hauptgrund, welcher dieses Verbrechen gegen den gemeinen Verwandten mord auf eine geringere Stufe der Strafbarkeit herabsetzt."¹⁵⁸

Eggers erwähnt in seinem Strafgesetzbuch-Entwurf die Verheimlichung sowohl der Schwangerschaft wie auch der Entbindung als zu pönalisierende Handlung: "Die Verheimlichung der Niederkunft wird als Versuch zum Kindermord mit der Zuchthausstrafe des vierten Grades belegt, je nachdem die erschwerenden Umstände eintreten, welche bei dem Kindermorde überhaupt in Betracht kommen,"¹⁵⁹ sowie "Nach gleichem Verhältniß wird die Verheimlichung der Schwangerschaft mit dem vierten Grade der Zuchthausstrafe belegt."¹⁶⁰ Die zitierte Formulierung ist nicht erschöpfend, sie hat mehrere Mängel. Es ist z.B. unklar, ob die verheimlichte Schwangerschaft im letzten Fall auch ohne Verheimlichung der Geburt strafbar sei; ob die Verheimlichung als solche an sich strafwürdig sei, oder nur im Fall, daß das Kind tot gefunden wurde? Auf diese Fragen gibt es keine Antwort, weil aus diesem Entwurf kein Gesetzbuch wurde.¹⁶¹

Es war am Anfang des 19. Jahrhunderts schon nicht selten, die Person der Angeschuldigten als bedauernswert zu betrachten. Auch ein Advokat namens Gans spricht über die Täterin mit großem Mitleid: "Nur das unglückliche Geschöpf, das unauslöschlicher Schande dahingegeben in dem Kampfe zwischen Verbrechen und Schande, zwischen Ehre und Tod, Verbrechen und Tod wählt, nur dieses unglückliche Wesen hat Anspruch auf Mitleid und auf alle die Vorsehungen, welche Gesetz und Gerechtigkeit zu seinen Gunsten getroffen haben."¹⁶²

Gans verlangt für den Tatbestand eine dreifache Verheimlichung, und zwar die

¹⁵⁷ FEUERBACH, Lehrbuch, S. 391. (§ 236) Im nächsten Paragraphen werden die Elemente des Delikts präzise angegeben: "Der Thatbestand des Verbrechens ist: I. außereheliche Zeugung und Geburt des Kindes 1), II. das Leben des Kindes nach der Geburt, III. Fähigkeit desselben zum Fortleben 2), IV. rechtswidrige Handlung oder Unterlassung der Mutter, welche die Ursache des erfolgten Todes war, und V. kurz nach der Geburt geschah 3), endlich Verheimlichung der Schwangerschaft 4)." A.a.O. S. 394.

¹⁵⁸ A.a.O. S. 401. (§ 239); vgl. FRANK, S. 149; GANS, S. 27.

¹⁵⁹ EGGERS, § 621.

¹⁶⁰ A.a.O. § 622; ROßHIRT teilt dieselbe Ansicht, vgl. ROßHIRT, S. 347.

¹⁶¹ Vgl. GANS, S. 377.

¹⁶² GANS, S. 28.

durchgehende Verbergung der Schwangerschaft, der Entbindung und der Tötung.¹⁶³ Die subjektive Seite des Verbrechens setzt bei ihm a) eine ledige Mutter, die b) ihr Kind tötet, um die Schande der unehelichen Geburt zu vermeiden, und zwar c) nach vorhergefaßtem Entschluß, das Verbrechen zu begehen (*dolo praemeditatio*), voraus. Er legt großes Gewicht darauf, daß die heimliche und "hülflöse" Geburt mit Vorbedacht und "tödtlicher Verdächtigkeit" herbeigeführt worden sei. Das ist wichtig und zugleich günstig für die Beschuldigte - vorausgesetzt, daß nicht sie ihre Unschuld erweisen muß.

Jordan war der Ansicht, daß die "Verhehlung" der Schwangerschaft und Entbindung ein wichtiges Element des Kindesmordes nach der *Carolina* sei. Dies würde schon aus der Überschrift des Art. 35 folgen, durch welche die heimliche Schwangerschaft nicht als bloßes Indiz für den Kindesmord dargestellt, sondern in dieser Verbindung mit der Kindestötung als wesentliches Moment in derselben aufgefaßt werde.¹⁶⁴ Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft erscheint bei ihm als Indiz für die Absicht, durch die Tötung des Kindes die "geübte Leichtfertigkeit" verborgen zu halten. Dieses Indiz steht aber mit der Absicht, d.h. mit dem Motiv der Kindestötung, in einer so wesentlichen, engen Verbindung, daß es gerade als solches zum Tatbestand des Kindesmordes notwendig gehört.

2) Neue Stimmen: Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als Tatbestandsmerkmal der Kindestötung zu betrachten, sei überholt

Es kann auch hier deutlich gemacht werden, daß die aufgeklärten Ideen und ihre rechtliche Adaptation sich im Strafrecht, ja in der Jurisprudenz nur allmählich, Stück für Stück neue Bahn brechen konnten. Die Richtung der Entwicklung hätte dadurch gekennzeichnet werden müssen, daß die juristische Denkweise sich von der Autorität des gemeinen Rechts, praktisch von den Vorschriften der *Carolina* unter dem Einfluß der neuen Anschauungsperspektiven der Aufklärung frei macht, und verhältnismäßig rasch die modernen Methoden ausbaut. Es ist sicher so geschehen, aber viel langsamer und komplizierter, als man dachte. Dieses Problem sieht bei unserem Verbrechen folgenderweise aus: Da die *Carolina* die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt bei der Kindestötung als wesentliches Moment erwähnt, vermochten sich die Juristen noch am Anfang des 19. Jahrhunderts kaum von der Auffassung zu lösen, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt als unentbehrliches Tatbestandselement der Kindestötung anzusehen. Obwohl der tiefste Grund der Privilegierung der Kindestötung in dem bedauernswerten physischen-psychischen Zustand jener Mädchen-Mütter besteht, die ihr Kind in oder kurz nach der Entbindung infolge einer Reihe von Ursachen - u.a. kann natürlich auch die Furcht vor der Schande eine Rolle spielen - tötet. Das Verbergen der Schwangerschaft und Entbindung gehört also nicht unerläßlich zum Begriff der Kindestötung.

¹⁶³ Vgl. WÄCHTER, Verheimlichung, S. 71 ff. Es ist bei ihm schon kein Problem mehr, daß die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt an sich nicht zu bestrafen ist.

¹⁶⁴ Vgl. JORDAN, S. 72 ff.

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts hat Ernst Ferdinand Klein bereits formuliert: "Unter dem eigentlichen Kindermorde (*infanticidium*) versteht man Tödtung neugeborener Kinder."¹⁶⁵ Diese Definition ist umso auffallender, als die Verfasser des preußischen ALR (und Klein gehörte zu ihnen) die Ansicht vertraten, daß das sozusagen ausschließliche Motiv der Kindestötung die Rettung der Geschlechtsehre sei - so kann z.B. der Gegenstand des Verbrechens nur ein außereheliches Kind sein.¹⁶⁶ Klein war der Meinung, daß der "Kindesmord" von der Ermordung oder Tötung der Kinder gemeinrechtlich nicht zu unterscheiden sei. Der Gerichtsgebrauch - wobei auch die Rolle von Carpzow betont wird - habe erst diesen Unterschied eingeführt.¹⁶⁷ Folglich sah er in der Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung kein Tatbestandselement, das zum Begriff der Kindestötung gehören mußte.¹⁶⁸ Er konnte sich die Kindestötung vorstellen, ohne die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung vorauszusetzen, obwohl das ALR dieses Verhalten mannigfaltig pönalisiert hatte, weil es als mit der Kindestötung organisch Zusammengehörendes berücksichtigt worden war.

Auch Georg August Spangenberg war Anfang des 19. Jahrhunderts ein entschlossener Gegner der Ansicht, die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung als Tatbestandsmerkmal zu betrachten. Für seine Auffassung führt er ein interessantes Beispiel an: "Sollte z.B. eine leichtfertige Dirne, die ihre Schwangerschaft nicht verheimlicht, vielmehr wohl damit prahlt, um ihren Schwängerer in Verlegenheit zu setzen, und Erpressungen zu versuchen - sollte diese, falls sie nachher ihr neugeböhrtne Kind tödtet, weil ihre Erwartung fehlschlug, oder der Schwängerer sich entfernte, nicht als des Kindermords schuldig betrachtet werden müssen, obgleich sie ihre Schwangerschaft nicht verheimlichte?"¹⁶⁹ Spangenberg behauptet, daß die *Carolina*, wenn sie die Verbergung der Schwangerschaft und Niederkunft erwähnt, darauf aufmerksam machen will, daß das Verbrechen der Kindestötung im allgemeinen auf dieser Weise verübt wird.¹⁷⁰ Seine ganze Argumentation wird auf die CCC gebaut: Er ist der Meinung, daß sie den "Kindesmord" nicht für ein zum *parricidium* gehörendes Verbrechen gehalten hat. Also scheitert auch die Bestrebung, die Kindestötung als Mittel der Ehrenrettung anzusehen.¹⁷¹ Das überragende Ansehen der *Carolina* kommt dabei auch dadurch zum Ausdruck, daß die

¹⁶⁵ KLEIN, Grundsätze, S. 267. (§ 345)

¹⁶⁶ Vgl. SPANGENBERG II, S. 361 f.

¹⁶⁷ KLEIN, Grundsätze, S. 267. (§ 345)

¹⁶⁸ A.a.O. S. 269. (§ 346) Die Tatbestandsmerkmale bei KLEIN: a) Gewißheit über die Geburt, b) daß das Kind in der Geburt noch lebte, c) das Kind sein Leben von dem absichtlichen oder vernachlässigten Verhalten der Mutter verloren hat, endlich d) die Handlung die Zeichen des Mordes oder Totschlages an sich trägt.

¹⁶⁹ SPANGENBERG I, S. 29.

¹⁷⁰ Vgl. ebd. S. 29 ff.

¹⁷¹ A.a.O. S. 23 ff.

einzelnen Argumentationen *pro* und *contra* sich darauf beziehen. Es ist in der Tat *expressis verbis* nicht geregelt, daß die "Verhehlung" der Schwangerschaft und Geburt als notwendiges Tatbestandselement betrachtet werden müsse - die Elastizität der Formulierungen ist unumstritten eine Stärke dieses *corpus* gewesen.

Auch Jarcke bezieht sich auf die CCC und stimmt in dieser Frage mit Spangenberg überein: "Es ist ein völliges Mißverständniß der C.C.C., wenn man daraus daß sie die Vermuthung aufstellt: ein Weib, welches seine Schwangerschaft verheimlicht und die Geburt absichtlich hülflos anstellt, habe in der Regel den bösen Vorsatz das Kind zu tödten, - die Folgerung zieht, daß diese Umstände auch schon nach der C.C.C. nothwendig zum Thatbestande dieses Verbrechens gehörten, und darauf dann wieder die Meinung gründet, daß die C.C.C. das Motiv der Kindesmörderin: ihre weibliche Ehre zu retten, habe berücksichtigen wollen."¹⁷² Er betrachtet also auch den Gedanken der *Carolina* als fremd, in der Verhehlung der Schwangerschaft und Geburt das Mittel der Ehrenrettung zu sehen: Die Verheimlichung der Schwangerschaft und Entbindung sei weder Ehrenrettungsmittel noch Tatbestandselement der Kindestötung - eine konsequente Stellungnahme.

Mittermaier hielt die Privilegierung des Verbrechens der Kindestötung für gerecht, weil a) die Entbindung selbst die Mutter in eine völlig ungewöhnliche Seelensituation, und weil b) das Kind außer der Ehe (oder einfach ohne Ehe) erzeugt wurde.¹⁷³ Er hält nur diese zwei Umstände für unentbehrlich. So gesehen kann die Verheimlichung der Schwangerschaft als Tatbestandselement nicht gefordert werden, "denn es läßt sich sehr wohl annehmen, a) daß eine Schwangere ihren Zustand ihrem Schwängerer entdeckt, und jetzt erst, nachdem er sie abgewiesen und ihre Hoffnung auf Hülfe zerstört hat, zu dem Gedanken kommt, ihres Kindes zu entledigen; b) es kann selbst der Fall gedacht werden, daß eine Person, welche anfangs aus ihrer Schwangerschaft kein Geheimnis machte, erst allmählich je näher die Zeit der Entbindung kommt, vielleicht durch traurige Erfahrungen, durch Mißhandlungen der Eltern u.a. gereizt, den Gedanken das Kind zu tödten faßt, heimlich niederkommt, und dann ihr Kind tödtet, indem sie nach der Geburt allgemein auf jede Frage erklärt, daß sie nicht wirklich Schwanger gewesen, sondern nur eine Aufsammlung des Bluts das jetzt von ihr abgegangen, für Schwangerschaft gehalten habe."¹⁷⁴ Nach seiner Auffassung müssen die Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt voneinander unterschieden werden: Die erste darf als Tatbestandsmerkmal nicht gelten, die zweite aber schon. Die Niederkunft muß unbedingt verheimlicht sein, um das Verbrechen der Kindestötung feststellen zu können. Auch er betrachtet dieses Verbrechen

¹⁷² JARCKE, Handbuch, Bd. 3, S. 274 f. (§ 40)

¹⁷³ Vgl. Fn. 93.

¹⁷⁴ MITTERMAIER, Beyträge II, S. 326. Als Herausgeber von FEUERBACH's Lehrbuch bemerkt er im Zusammenhang damit, ob die Verheimlichung der Schwangerschaft zum Tatbestand als unerläßlich gilt: "Nicht bestimmen kann dem Comp. wenn es Verheimlichung der Schwangerschaft als wesentlich zum Tatbestand fordert. Man verwechselt dabei den gewöhnlichen Fall mit dem wesentlichen Merkmale. Alle Gründe, die den Kindermord gelinder zu strafen fordern, können auch vorhanden sein, wenn die Geschwängerte ihren Zustand nicht verhehlte." Lehrbuch, S. 397.

als ein Mittel der Ehrenrettung, wobei natürlich die Außerehelichkeit des Kindes eine Hauptrolle spielt.¹⁷³

¹⁷³ So argumentiert der Autor: "Fehlt es an der verheimlichten Niederkunft, so fällt schon das Motiv der Furcht vor dem Verluste der Geschlechtsehre weg, und man darf annehmen, daß ein anderes Motiv, z.B. Bequemlichkeitsliebe, Wunsch der Ernährung des Kindes sich zu entziehen, die Verbrecherin zur Tödtung bewogen habe; daher wird die That unter Verwandtenmord gestellt werden müssen, obwohl auch bei Kindermörderinnen, die weder Schwangerschaft noch Niederkunft verheimlichten, Gründe der Herabsetzung der Strafe und selbst völliger Zurechnungslosigkeit eintreten können." Ebd. S. 326 f.

LITERATURVERZEICHNIS

Zitierhinweis:

Wird in der Arbeit mehr als ein Werk desselben Autors oder dasselbe Werk eines Autors in verschiedenen Ausgaben, bzw. ein in Fortsetzungen erschienenes Werk zitiert, so wird zur Unterscheidung ein Kurztitel benutzt, der in diesem Literaturverzeichnis in [] angegeben ist. Zur Abkürzung der Periodika sowie der öfter zitierten Rechtsquellen wird ähnlich () benützt.

I. Literatur und Periodika

ABEGG, Julius Friedrich Heinrich: *Lehrbuch des gemeinen Criminalprocesses*, Königsberg 1833. [Criminalprocess]

- *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a.d. Orla 1836. [Strafrechts.-Wiss.]

ALKALAY, Michael: *Das materielle Strafrecht der französischen Revolution und sein Einfluß auf Rechtsetzung und Rechtsprechung der Helvetischen Republik* (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 10), Diss. Zürich 1984.

ALLMANN, Jean Marie: *Außerordentliche Strafe und Instanzenbindung im Inquisitionsprozesse nach den wichtigsten Quellen bearbeitet*, Diss. Göttingen 1903.

ARNIM, Albrecht Heinrich von: *Bruchstücke über Verbrechen und Strafen*, Frankfurt und Leipzig 1803.

BAR, Ludwig von: *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, (Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1) Berlin 1882.

BARTZ: *Über die Strafbarkeit verheimlichter Schwangerschaft und Geburt*, in: ACrR Bd. 6(1805), Stück 2.

BAUER, Anton: *Lehrbuch des Strafprozesses*, Göttingen 1835. [Lehrbuch]

- *Die Theorie des Anzeigenbeweises* (Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafprocesse Bd. 3), Göttingen 1843. [Theorie]

- BECCARIA, Cesare (übersetzt, mit biographischer Einleitung und Anmerkungen versehen von Karl Esselborn): *Über Verbrechen und Strafen*, Leipzig 1905.

- BERGK, Johann Adam: *Einige Bemerkungen über die Unrechtsmässigkeit der Todesstrafe*, in: Teutsche Monatsschrift, Nov. 1795. [Bemerkungen]

- *Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrechte mit einer Kritik der neuesten Konstitution der französischen Republik*, Leipzig 1796, Nachdruck 1975. [Untersuchungen]

- *Briefe über I. Kants metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, enthaltend Erläuterungen, Prüf. und Einwürfe*, Leipzig und Gera 1797. [Briefe]

- "*Iustitia est conservatrix civitatis*", in: ACrR Bd. 3(1800), Stück 3, S. 76 ff. [Preisschrift]

- BIENER, Friedrich August: *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses*, Leipzig 1827. [Beiträge]

- *Abhandlungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschichte*, Leipzig 1846. [Abhandlungen]

- BINDING, Karl: *Über Irrtum bei Delikten im heutigen Strafrecht und in dem der Zukunft*, in: Gerichtsaal Bd. 81 (1913). [Irrtum]

- *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig 1885. [Handbuch]

- *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, 5. Aufl. Leipzig 1904. [Grundriss]

- *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Aufl. Leipzig 1916. [Normen]

- BLANKE, Dieter: *Die Kindestötung in rechtlicher und kriminologischer Hinsicht*, Diss. Kiel 1966.

- BODE: *Die Kindestötung und ihre Bestrafung im Nürnberg des Mittelalters*, Diss. Heidelberg 1915.

- BOEHMER, Johann Samuel Friedrich: *Elementa iurisprudentiae criminalis in usum auditorii commoda methodo adornata*, 3. Aufl., Halle und Bernburg 1743. [Elementa]

- *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Practicam novam rerum criminalium*, Frankfurt a.M. 1759. [Observationes]

- *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*. Accessit vetus ordinatio criminalis Bambergensis, Brandenburgica, Hassiaca. Halle und Magdeburg 1774. [Meditationes]

- BOLDT, Gottfried: *Johann Samuel Friedrich Boehmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, Berlin und Leipzig 1936.

- BRUNNEMANN, Johann: *Tractatus juridicus de inquisitionis processu*, 1. Aufl. Wittenberg 1647.

- CARPZOW, Benedict: *Practica nova rerum criminalium imperialis Saxonica in tres partes divisa*, Ausgabe von BÖHMER, J.S.F. von, Frankfurt a.M. 1758.

- CASSIRER, Ernst: *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen 1932.

- CLAPROTH, Justus: *Ohnmaßgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches welcher die Prozeß-Ordnung vom Privat-Recht das Recht der Personen und von der Policey-Ordnung das Dorf-Recht in sich hält*, Frankfurt a.M. 1773. [Dorf-Ordnung]

- *Ohnmaßgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches*, 1. Forts. Criminalrecht, Frankfurt a.M. 1774. [Criminalrecht]

- CLOSMANN, Karl: *Die Kindstötung historisch-dogmatisch dargestellt*, Diss. Erlangen 1889.

- CONRAD, Hermann: *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, Karlsruhe 1962, Bd. 2, Karlsruhe 1966. [Rechtsgeschichte]

- *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794* (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 77), Köln und Opladen 1958. [Grundlagen]

- DEUTSCHER BIOGRAPHISCHER INDEX, München-London-New York-Oxford-Paris 1986.

- DOLEZALEK, Gero: *Postglossatoren* (Stichwort), HRG Bd. 3. S. 1842 f.

- DOLLMANN, *Vorlesungen über Kriminalrecht*, München 1848.

- DORNSEIFER, Gerhard: *Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg - ein Relikt der Verdachtsstrafe?* in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 427 ff.

- DÜLMEN, Richard van: *Frauen vor Gericht: Kindsmord in der frühen Neuzeit*, Frankfurt a.M. 1991.

EGGERS, Christian Ulrich Detlev Freiherr von: *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuchs für die Herzogthümer Schleswig und Holstein*, Kiel 1808.

EISENHART, Ernst Ludwig August: "*Potest poena dilata exigi, non potest exacta revocari*", in: ACrR Bd. 3(1800), Stück 1, S. 63 ff.[Preisschrift I], Forts. Stück 2, S. 1 ff. [Preisschrift II]

ERHARD, Christ.Dan.: *Entwurf eines Gesetzbuches über Verbrechen und Strafen für die zum Königreiche Sachsen gehörigen Staaten*, Gera und Leipzig 1816.

EYMANN, Christoph: *Das Criminalgesetzbuch für den Canton Basel von 1821*, Diss. Basel 1980.

FEUERBACH, Anselm Ritter von: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt 1799, Nachdruck 1966. [Revision]

- *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, hrsg. von MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, 14. sehr vermehrte und völlig umgearbeitete Originalausgabe, Giessen 1847. [Lehrbuch]

FILANGIERI, Gaetano (übersetzt von J.C.Siebenkees): *System der Gesetzgebung*, Bd. 2, 2. Aufl., Ansbach 1789.

FRANK, Johann Peter: *System einer vollständigen medicinischen Polizey*, Mannheim 1804.

FRÖHLICH VON FRÖHLICHSBURG, Johann Christian: *Commentarius in Kayser Karls V. und des Heiligen römischen Reichs Peinliche Halsgerichtsordnung*, Frankfurt und Leipzig 1733.

GANS, S.P.: *Von dem Verbrechen des Kindermordes*, Hannover 1824.

GERAU, Ludwig Friedrich Gottlieb: *Über Bedeutung des Geständnisses im allgemeinen wie des außergerichtlichen im Strafverfahren*, in: ZdSt Neue Folge Bd. 1(1844), Heft 1.

GESTERDING: *Von Strafe und Sicherheitsmaaßregeln bei bloßem Verdacht*, in: NACrR Bd. 7(1825), Stück 4, S. 581 ff.

GEYER, Franz: *Der Kindsmord im deutschen Recht*, Diss. Erlangen 1932.

GLASER, Julius: *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*, Leipzig 1883. [Beiträge]

- *Handbuch des Strafprozessrechts*, Leipzig 1885. [Handbuch]

- GLOBIG, Hanns Ernst: *Betrachtung bey dem Entwurf eines Criminal-Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten*, Dresden und Leipzig 1788. [Betrachtung]

- *Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des historischen und gerichtlichen Beweises*, Regensburg 1806, Nachdruck 1970. [Versuch]

- *Entwurf eines Maaßstabs der gesetzlichen Zurechnung und der Straf-Verhältnisse (Ein letzter Versuch zur Gründung des Criminal-Rechts)*, Dresden 1808. [Entwurf]

- GLOBIG, Hanns Ernst von / HUSTER, Johann Georg: *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, Zürich 1783, unveränderter Neudruck 1969. [Abhandlung]

- *Vier Zugaben zu der im Jahre 1782 von der ökonomischen Gesellschaft zu Bern gekrönten Preisschrift: von der Criminalgesetzgebung*, Altenburg 1785. [Vier Zugaben]

- GLÖCKNER, Hans Peter: *Stellionatus* (Stichwort), HRG Bd. 4. S. 1951 ff. [Stellionatus]

- *Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48. 19. 18): zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte; 42), Frankfurt a.M. 1989. [Cogitationis]

- GMELIN, Christian Gottlieb: *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*, Tübingen 1785.

- GRADMANN, Robert: *Wörterbuch deutscher Ortsnamen in den Grenz- und Auslandsgebieten*, Stuttgart 1929.

- GRABBERGER, Roland: *Psychologie des Strafverfahrens*, 2. Aufl. Wien und New York 1968.

- GROLMAN, Karl Ludwig von: *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, Teil 1, Stück 2, 1796. [Bibliothek]

- *Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juridischen Imputation*, Gießen 1799, Nachdruck 1968. [Begründung]

- *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, 2., ganz umgearbeitete Auflage, Gießen und Darmstadt 1805. [Grundsätze]

- GRÜNHUT, Max: *Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, in: *Hamburgische Schriften zur ges. Strafrechtswiss.*, Hamburg 1922.
- HANDKE, Hildegard: *Die Kindestötung, rechtshistorisch und rechtsvergleichend* (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 378), (Diss. Berlin 1937) Breslau-Neukirch 1937.
- HÄLSCHNER, Hugo: *Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts*, Bonn 1855.
- HATTENHAUER, Hans: *Einführung in die Geschichte des Preußischen Allgemeinen Landrechts*, in: *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*, Textausgabe S. 11-40, Frankfurt und Berlin 1970.
- HENKE, Eduard: *Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft*, Sulzbach 1809. [Grundriß]
- *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlin und Stettin 1823-1838. [Handbuch]
- HILTY, Karl: *Öffentliche Vorlesungen über die Helvetik*, Bern 1878.
- HIPPEL, Robert von: *Deutsches Strafrecht*, 2. Bde. Berlin 1925 und 1930. [Strafrecht]
- *Der Deutsche Strafprozeß*, Marburg 1941. [Strafprozeß]
- HIS, Rudolf: *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina*, München und Berlin 1928.
- *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, 2 Bde. Weimar 1920 und 1935. [Mittelalter]
- HOHBACH, Gustav: *Über Ungehorsamsstrafe und Zwangsmittel zur Erforschung der Wahrheit gegen anwesende Angeschuldigte*, in: *NACrR* Bd. 12(1832), Stück 3 [Hohbach I], Forts. Stück 4. [Hohbach II]
- HOLTZENDORFF, Freiherr von: *Handbuch des preußischen Strafrechts*, Leipzig 1830. [Handbuch des pr. St.]
- *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1871 1877. [Handbuch des dt. St.]
- JARCKE, Carl Ernst: *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preußischen, österreichischen, baierischen und französischen Strafgesetzgebung*, Berlin 1827-1830. [Handbuch]
- *Beiträge zur Revision der preußischen Strafgesetzgebung. Von dem Kindermorde*, in: *Hitzig'sche Zeitschrift*, Bd. 15(1830), Heft 29. [Beiträge]

- JORDAN, Ludwig: *Über den Begriff und die Strafe des Kindsmordes nach der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. mit Rücksicht auf das römische und altgermanische Recht*, Heidelberg 1844.
- KANT, Immanuel: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797, Nachdruck 1970. [Rechtslehre]
- *Kritik der praktischen Vernunft*, in: Werke in sechs Bänden, Bd. 4, Darmstadt 1963. [Praktische Vernunft]
 - *Kritik der reinen Vernunft*, in: Bd. 2. [Reine Vernunft]
- KASTNER, Klaus: *Der Kindsmord: historische, rechtliche und literarische Aspekte*, in: NJW 1991, Heft 23, S. 1443 ff.
- KAUFMANN, Ekkehard: *Strafe, Strafrecht* (Stichwort), HRG Bd. 4. S. 2011 ff.
- KIRCHEISEN, Friedrich Leopold / KLEIN, Ernst Ferdinand: *Schreiben des Hrn. Kammergerichts-Präsidenten von Kircheisen an die Herausgeber, bey Gelegenheit der eingegangenen Preißschriften; nebst einer Antwort des Redacteurs*, in: ACrR Bd. 2(1800), Stück 4, S. 116 ff.
- KLEIN, Ernst Ferdinand: *Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts nebst Bemerkung der preussischen Gesetze*, 2., vermehrte und verbesserte Auflage, Halle 1799. [Grundsätze]
- *Anmerkungen zu der vorstehenden Preißschrift des Herrn Prof. Eisenhart*, in: ACrR Bd. 3(1800), Stück 2, S. 64 ff. [Anmerkungen]
 - *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten*, Bd. 16, Berlin und Stettin 1798. [Annalen]
 - *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle 1797, Nachdruck 1979. [Natürliche Rechtswissenschaft]
 - *Darf ein Verbrecher, welcher zur Strafe schon auf eine gewisse Zeit seiner Freyheit beraubt worden, nach ausgestandener Strafe, annoch zur Sicherheit des gemeinen Wesens gefangen gehalten werden?* in: ACrR Bd. 1(1799), Stück 2. [Verbrecher]
- KLEINHEYER, Gerd / SCHRÖDER, Jan (Hrsg.): *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Karlsruhe und Heidelberg 1976.
- KLEINSCHROD, Gallus Aloys: *Ueber die Wirkungen eines unvollkommenen Beweises in peinliche Sachen*, in: Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und peinlichen

Processe, Bd. 1, Nr. 1, Erlangen 1797. [Unvollkommener Beweis]

- *Über die Rechte, Pflichten und Klugheitsregeln des Richters bey peinlichen Verhören und Erfassung der Wahrheit in peinlichen Fällen*, in: ACrR Bd. 1(1798), Stück 2. [Rechte des Richters]
- *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, 3. vermehrte und verbesserte Aufl., Erlangen 1805. [Grundbegriffe]

KNAPP, Hermann: *Das Rechtsbuch Ruprechts von Freising*, Leipzig 1916.

KOBLER, Michael: *Bayerische Kodifikationen des Naturrechtszeitalters* (Stichwort), HRG Bd. 1. S. 337 ff.

KOCH, Johann Christoph: *Anfangsgründe des peinlichen Rechts*, Jena und Leipzig 1790.

KÖSTLIN, Christian Reinhold: *Neue Revision und Grundbegriffe des Strafrechts*, Tübingen 1845. [Revision]

- *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens*, Tübingen 1849. [Wendepunkt]
- *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen 1855. [System]

KREDEL, Otto / THIERFELDER, Franz: *Deutsch-fremdsprachiges (fremdsprachig-deutsches) Ortsnamenverzeichnis*, Berlin 1931.

KREITTMAYR, Wiguläus Xaverius Aloysius von: *Compendium codicis bavarici civilis, judicarii, criminalis et annotationum*, München 1768. [Compendium]

KRIES, August von: *Der Beweis im Strafprozess des Mittelalters*, Weimar 1878. [Beweis]

- *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg 1892. [Lehrbuch]

KRIETER, Hugo: *Historische Entwicklung des "Prinzips der freien Beweiswürdigung" im Strafprozeß*, Diss. Göttingen 1926.

KROESCHELL, Karl: *Deutsche Rechtsgeschichte*, 8. Aufl. Opladen 1987.

KÜPER, Wilfried: *Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen* (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 11), Berlin 1967.

- KÜSSNER: *Ueber Beweislast und Präsumtionen im Preussischen Strafverfahren*, in: GA 3(1855), S. 32 ff.
- KWIATKOWSKI, Ernst von: *Die Constitutio Criminalis Theresiana. Ein Beitrag zur Theresianischen Reichs- und Rechts-Geschichte*, Innsbruck 1904.
- LEYSER, Augustin: *De stellionatu*, jur. Diss. Wittenberg 1733. [Stellionatus]
- *Meditationes ad Pandectas*, Bde. 1-10, Leipzig 1717-1747. [Meditationes]
- LIEROW, Werner: *Probleme der Schuldvermutungen im Zuge der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Strafverfahrens*, Diss. Mainz 1956.
- LIPPMANN, Karl: *Historisch-dogmatische Darstellung der Lehre von der richterlichen Strafänderungsbefugnis*, München 1963.
- MARXEN, Klaus: *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht* (Schriften zum Strafrecht, Bd. 22), Berlin 1975.
- MAUB, Detlef: *Die "Lügenstrafe" nach Abschaffung der Folter ab 1740*, Diss. Marburg 1974.
- MEISTER, Christian Friedrich Georg: *Vollständige Einleitung zur peinlichen Rechtsgelehrsamkeit in Teutschland*, Bd. 1, 2. Aufl. Göttingen 1776. [Einleitung]
- *Praktische Bemerkungen aus dem Criminal und Civilrechte*, Bd. 1, Göttingen 1791. [Bemerkungen]
 - *Rechtliche Erkenntnisse und Gutachten*, 5 Teile, Göttingen 1783-1799. [Rechtliche Erkenntnisse]
- MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Gustav: *Der König Friedrich der Große in seinen Briefen und Erlassen, sowie in zeitgenössischen Briefen, Berichten und Anekdoten*, Ebenhausen b. München 1912.
- MITTERMAIER, Karl Joseph Anton: *Handbuch des peinlichen Prozesses*, Bd. 2. Heidelberg 1812. [Handbuch]
- *Beyträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindermordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft*, in: NACrR Bd. 7(1824/1825), Stück 1 [Beyträge I], Forts. Stück 2 [Beyträge II], Forts. Stück 3. [Beyträge III]
 - *Über Herstellung des Thatbestandes des Kindermordes in Bezug auf die Todesursachen*, in: NACrR Bd. 7(1825), Stück 4. [Thatbestand des Kindermordes]

- *Das deutsche Strafverfahren*, Heidelberg 1827. [Strafverfahren]

- *Über die Verheimlichung der Schwangerschaft oder Niederkunft, und hülflöse Geburt*, in: NACrR Bd. 10(1828/1829), Stück 3 [Verheimlichung I], Forts. Stück 4. [Verheimlichung II]

- *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens*, Darmstadt 1834, Nachdruck 1970. [Lehre vom Beweise]

- MOHR, Wilfried: *Die Beweislehre im Codex Juris Bavarici Criminalis im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Beweisrechts*, Diss. München 1949.

- MOMMSEN, Theodor: *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899.

- MÜLLER, Wilhelm: *Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprocesses*, Braunschweig 1837.

- NAGY, Ferenc / TOKAJI, Géza: *A magyar büntetőjog általános része*, Bd. 2, Szeged 1989/90.

- NEEF, Friedhelm: *Poena arbitraria* (Stichwort), in: HRG Bd. 3. S. 1782 ff.

- NETTELBLADT, Daniel: *Dissertatio juridica de homicidio ex intentione indirecta commissio*, Diss. Halle 1750.

- NÖLLNER, Friedrich: *Der kurfürstlich hessische Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abstellung mehrerer in der Strafrechtspflege wahrgenommenen Mängel*, Karlsruhe 1840.

- OERSTEDT, von: *Ausführliche Prüfung des neuen Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, in: *Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungs-Philosophie* Bd. 2, Kopenhagen 1823.

- OLDEKOP, Justus: *Premptuarium criminale*, o.O. 1650.

- OSENBRÜGGEN, Eduard: *Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht*, Erlangen 1857. [Abhandlungen]

- *Studien zur deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte*, Schaffhausen 1868. [Studien]

- PAALZOW, Christian Ludwig: *Kommentar über die Criminal-Ordnung für die preußischen Staaten*, Berlin 1807.
- QUISTORP, Johann Christian Edler von: *Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts*, 1. Aufl. Leipzig und Rostock 1770 [Grundsätze I]; 6. Aufl. 1796 [Grundsätze II].
- *Ausführlicher Entwurf zu einem Gesetzbuch in peinlichen und Strafsachen*, Rostock und Leipzig 1782. [Entwurf]
 - *Rechtliches Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten bey vorhandenen genugsamen Verdachte zu verfahren sey, besonders an Orten, wo die Tortur abgeschafft worden*, Rostock 1774. [Rechtliches Erachten]
 - *Anweisung für Richter beim Verfahren in Strafsachen wider solche, welche die Wahrheit nicht gestehen wollen, in Ländern, wo die Tortur abgeschafft ist*, Leipzig 1788. [Anweisung]
 - *Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit*, Leipzig 1793. [Bemerkungen]
- REHBACH, Bernd: *Der Entwurf eines Kriminalgesetzbuches von Karl Theodor von Dalberg aus dem Jahre 1792* (Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 38), Berlin 1986.
- RENNEFAHRT, Hermann: *Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte*, Bd. 3, Bern 1933.
- RHENANUS (Hrg.): *Großherzoglich badisches Strafedikt vom 1.7.1803 und Rechtliches Verfahren bei der Strafgerechtigkeitspflege vom 1.7.1803*, Mannheim 1823.
- ROBHIRT, Konrad Eugen Franz: *Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Criminalrechts*, Heidelberg 1821.
- RÜPING, Hinrich: *Grundriß der Strafrechtsgeschichte* (Schriftenreihe der Juristischen Schulung Heft 73), 2., völlig überarbeitete Aufl., München 1991.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich: *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin 1930, Nachdruck 1973. [Lehren]
- *Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin*, in: Festschrift für Franz Wiacker (Hrg. von O. Behrends u.a.), Göttingen 1978. [Delikt des Stellionatus]

- *Studien zur Entwicklung der Deliktatbestände im gemeinen deutschen Strafrecht* (in: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philosophisch-Historische Klasse, Jahrgang 1985, Nr. 3), Göttingen 1985. [Studien]
 - *Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und 18. Jahrhunderts*, in: ZStW 101 (1989), S. 493 ff.
- SCHNELBÖGL, Wolfgang: *Die innere Entwicklung der bayerischen Landfrieden des 13. Jahrhunderts*, Heidelberg 1932.
- SCHMIDT, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. Göttingen 1983. [Einführung]
- *Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II.* (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, Dritte Folge, Bd. 1, Heft 2), (Diss. Göttingen 1914) Berlin 1914. [Kriminalpolitik]
- SCHMIDT, Stephani: *Die Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung von Hanns Ernst von Globig und Johann Georg Huster: eine 1782 von der Ökonokischen Gesellschaft Bern gekrönte Preisschrift* (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 14), Berlin 1990.
- SCHREIBER, Hans-Ludwig: *Gesetz und Richter* (Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes *nullum crimen, nulla poena sine lege*), Frankfurt a.M. 1976.
- *Nulla poena sine lege* (Stichwort), HRG Bd. 3. S. 1104 ff.
- SCHWARPLIES, Giesbert: *Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes "ne bis in idem" im Strafprozeß*, Diss. Zürich 1970.
- SCHWARZ, Manfred: *Die Kindestötung in ihrem Wandel vom qualifizierten zum privilegierten Delikt*, Diss. Berlin 1935.
- SODEN, Julius Graf von: *Geist der Criminalgesetze*, 2., gänzlich umgearbeitete Auflage, Frankfurt 1792.
- SONNENFELS, Joseph: *Über die Abschaffung der Folter* (Gesammelte Schriften Bd. 7), Wien 1785.
- SPANGENBERG, Georg August: *Über das Verbrechen des Kindermords und der Aussetzung der Kinder*, in: NACrR Bd. 3(1819), Stück 1 [Spangenberg I], Forts. Stück 3. [Spangenberg II]
- STENGLEIN, Melchior: *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, München 1858.

- STINTZING, Roderich / LANDSBERG, Ernst: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München und Oldenbourg 1880-1910.
- STRUBE, David Georg: *Rechtliche Bedenken*, Ausgabe von Ernst Spangenberg, Hannover 1827.
- TEMME, Jodocus Donatus Hubertus: *Grundzüge des deutschen Strafverfahrens*, Arnsberg und Hamm 1850.
- TITTMANN, Karl August: *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Leipzig 1800, Nachdruck 1978. [Grundlinien]
- *Über Geständnis und Widerruf in Strafsachen*, Halle 1810. [Geständnis]
 - *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Bd. 1, 2. Aufl. Halle 1822. [Handbuch]
- VEZIN, Heinrich August: *Versuch einer Beantwortung der im Archive des Criminal-Rechts B. I. St. 2. S. 152. stehenden Preisaufgabe*, in: ACrR Bd. 3(1800), Stück 3, S. 50 ff.
- WÄCHTER, Karl Georg von: *Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1825. [Lehrbuch]
- *Ueber Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft, als Erforderniß des Thatbestandes des Kindesmordes*, in: NACrR Bd. 7(1835), Stück 1.
- WÄCHTERSCHÄUSER, Wilhelm: *Das Verbrechen des Kindesmordes im Zeitalter der Aufklärung* (Quellen und Forschungen zur Strafrechtsgeschichte Bd. 3), Berlin 1973.
- WEIDLICH, Christoph: *Zuverlässige Nachrichten von den jetztlebenden Rechtsgelehrten*, Bd. 4, Halle 1760.
- WEISMANTEL, Johann Justin: *Diff. de condemnatione facinorosorum ex indiciis*, Erfurt 1791.
- WILDA, Wilhelm Eduard: *Das Strafrecht der Germanen*, Halle 1842.
- WOLFF, Christian: *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle 1754, Nachdruck 1980. [Grundsätze]
- *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle und Magdeburg 1750, Ges. Werke, Abt. II, Bd. 26, Nachdruck 1969. [Institutiones]

ZACHARIÄ, Carl Salomo: *"Fiat justitia, et pereat mundus"*, in: ACrR Bd. 3(1800), Stück 4, S. 1 ff. [Preisschrift]

- *Vierzig Bücher vom Staate*, Bd. 3, 2. Aufl. Heidelberg 1825. [Staat]

ZALLINGER, Otto von: *Das Verfahren gegen die landschädlichen Leute in Süddeutschland*, Innsbruck 1895.

II. Rechtsquellenregister

- Allgemeine Kriminalordnung für die Königlich Preussischen Staaten* mit ergänzenden, abändernden oder erläuternden Gesetzen, Verordnungen und Rescripten vom 11.12.1805, hrsg. von PAUL, Quedlinburg und Leipzig 1836. (KO)
- Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, Wien 1787. (Josephina)
- Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* von 1794 mit einer Einführung von Hans HATTENHAUER und einer Bibliographie von Günther BERNERT, Frankfurt und Berlin 1970.
- Codex Juris Bavarici Criminalis* de anno MDCCLI, 2. Aufl. München 1771 (mit Anmerkungen von einem unbenannten Autor).
- Constitutio Criminalis Theresiana*, Wien 1769.
- Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig* vom 10. Juli 1840, in: STENGLEIN, Bd. 1.
- Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Sachsen-Altenburg* vom 3. Mai 1841, in: STENGLEIN, Bd. 1.
- Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover* vom 8. August 1840, in: STENGLEIN, Bd. 2.
- Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen*, mit erläuternden Bemerkungen zum praktischen Gebrauche und einer Vergleichung des Entwurfs, sowie der Criminalgesetzbücher für das Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach, die Herzogthümer Sachsen-Altenburg und Sachsen-Meiningen und das Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen, hrsg. von Christian Ernst WEIß, 2., gänzlich umgearbeitete und vermehrte Auflage, Dresden und Leipzig 1848.
- Criminalgesetzbuch für den Canton Basel*, Basel 1821.
- Edikt wider den Mord neugeborener unehelicher Kinder* vom 8.2. 1765, Berlin 1765.
- Gesetz über den Kindermord, die Abtreibung der Leibesfrucht und die Aussetzung unehelicher Kinder* vom 18.2.1823, Bern 1838.
- Großherzoglich badisches Strafedikt* vom 1.7.1803 und *Rechtliches Verfahren bei der Strafgerechtigkeitspflege* vom 1.7.1803, hrsg. von RHENANUS, Mannheim 1823.

Helvetisches Peinliches Gesetzbuch mit den dasselben in einzelnen Paragraphen und ganzen Titeln aufhebenden, modificirenden und ergänzenden späteren Gesetzen für die Republik Bern, Bern 1839.

Kanton-Aargauisches Gesetzbuch über Kriminalverbrechen, Aarau 1805.

Kriminalgerichtsordnung vom 17.6.1788, in: Josephs des Zweyten Römischen Kaisers Gesetze und Verfassungen im Justizfache in dem achten Jahre seiner Regierung, Nr. 848, S. 79-161.

Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, hrsg. und erläutert von Gustav RADBRUCH, 5. Aufl. hrsg. von Arthur KAUFMANN, Stuttgart 1980. (Carolina)

Sammlung der Kurpfalz-Baierischen allgemeinen und besonderen Landes-Verordnungen von Justiz-Finanz-Landschafts-Maut-Accis-Kommerzien-Manufaktur-oder Fabriken-Sachen, hrsg. von Georg Karl MEYR, 6 Bde. München 1784-1799.

Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden vom 6. März 1845, in: STENGLEIN, Bd. 2.

Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen vom 17. September 1841, in: STENGLEIN, Bd. 2.

Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 2 Teile, München 1813.

Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. März 1839, in: STENGLEIN, Bd. 1.

Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Oldenburgischen Lande vom 10. September 1814, in: STENGLEIN, Bd. 1.

A "gyanúbüntetés" jogintézménye a német jogtörténetben
(inhaltliche Zusammenfassung in ungarischer Sprache)

Előjáróban szabadjon röviden előadni a dolgozat elkészültének körülményeit. A Friedrich-Naumann-Stiftung egyik első magyarországi ösztöndíjasaként 1989 áprilisától öt szemeszteren át hallgattam a freiburgi egyetemen különböző jogi stúdiumokat, elsősorban német jogtörténetet. Abban a szerencsében volt részem, hogy napjaink egyik legkiválóbb német jogi historikusa, Karl Kroeschell professzor előadásait hallgathattam és vehettem részt szemináriumain. Két és fél esztendő szűken elégnek bizonyult arra is, hogy elkészítem doktori disszertációmát és ugyanazon az egyetemen be is nyújtsam. A témaválasztásban Hinrich Rüping professzor (Hannover) nyújtott segítséget, aki büntetőjogásként történeti kérdésekkel is foglalkozik és biztos kézzel választotta ki azt a jogintézményt, amelynek korabeli szakirodalma és forrásanyaga számottevő, a modern tudományosság azonban kevés figyelmet szentel neki annak ellenére, hogy a téma számos vonatkozásban ma sem veszített aktualitásából.

A "gyanúbüntetés" vizsgálata a 18. század második felére és a múlt század 1848-ig tartó szakaszára korlátozódik, ezért történeti kérdés; ugyanakkor markánsan büntetőjogi (anyagi és eljárásjogi) jellegű, tehát a két aspektus, ill. a két tudományterület, a jogtörténet és a tételesjog megközelítését egyszerre kellett alkalmazni. A szakjogtörténet kutatója számára ez nem szokatlan jelenség, hiszen így van ez a magyar jogtörténetben is. A nehézség abban áll, hogy a kortárs jogász részint némiképp eltérő (modern) kifejezésapparást használ, részint mai szemlélettel közeledik a jogintézményekhez. A historikus önkéntelenül belehelyezkedik a vizsgált kor miliőjébe; abban él, megpróbál "korabeli fejjel" gondolkodni - miközben nem feledkezhet meg a folyamatos reflexióról. Ellene kell állnia annak a minduntalan előbukkanó csábításnak, hogy mai jogintézményeket és szemléletet meggondolatlanul vetítsen vissza letűnt korokba. Nehéz, de izgalmas és szép feladat e kettősség feloldása. A dolgozat egy ilyen jogintézmény, a "gyanúbüntetés" (Verdachtsstrafe) feldolgozására vállalkozott.

1

Mindenekelőtt a címben és fentebb már említett "gyanúbüntetés" kifejezést kell megmagyaráznom. Az idézőjel azt mutatja, hogy az eredeti német *terminus technicus* - Verdachtsstrafe - pontos és honos magyar szaknyelvi megfelelője nem használatos. Ennek oka elsősorban az, hogy a jogintézmény lényegét képező büntető perjogi szituáció Magyarországon más volt, mint Nyugaton, elsősorban a német jog uralta területeken. Németországban a Carolina által bevezetett, nagymértékben kötött bizonyítási rendszer (gesetzliche Beweistheorie) egyik sarkkövének számított a tortúra, amelynek alkalmazása széles körben elterjedt és olyan "népszerűsége" tett szert, ami kevés perjogi intézményről mondható el.

Használatának feltételeit és körülményeit a jogforrások mindig pontosan meghatározták, jól tudva, hogy visszaélésre kiválóan alkalmas eszközt adnak a jogszolgáltatás kezébe. Széles körű elterjedését és szívós fennmaradását főként az magyarázza, hogy rendkívül hasznos és bizonyos tekintetben kényelmes eszköznek bizonyult a bíróságok munkájában. Elrendelésének egyetlen célja a beismerő vallomás kicsikarása lehetett, oka pedig a tényállás, ill. a bűnösség bizonyítottságának hiányos volta. Tipikus eset, hogy a vádlott ellen kellő számú gyanújel (*indicium*) szól, ám sem két szavahihető tanú, sem beismerő vallomás nem áll rendelkezésre. Ilyenkor a bíróság elrendelte a tortúra alkalmazását, amelybe szabályos körülmények között belehalni nem lehetett, ám bőven tartogatott annyi kint a terhelt számára, hogy "jobb belátásra" térjen. A tortúra befejeztével kivett és jegyzőkönyvezett vallomás perdöntő jelentőségű volt: ha a vádlott kitartott ártatlansága mellett, a *Carolina* szerint fel kellett menteni - a későbbi joggyakorlat, különösen a 30 éves háború idején megszigorodott praxis ettől eltért, amennyiben *poena extraordinaria* alkalmazását tette gyakorlattá. Ha a *protocollum* a beismerő vallomást rögzítette, nyitva állt az út a *poena ordinaria* kiszabása előtt. A tortúra tehát, mint az igazság kiderítésére alkalmasnak hitt eszköz (Zwangsmittel) tiszta helyzetet teremtett: vagy sikerült beismerő vallomásra szert tenni vagy nem.

A 18. században a racionális szemléletmód és a humánus igényeinek előretörése alapjaiban kezdte ki a tortúra jogintézményét. Ellenzőinek érvei a kínvallatás emberségesnek éppen nem nevezhető jellege mellett elsősorban azt hangsúlyozták, hogy alkalmazása kártékony, léte pedig feleslegessé vált. Felhasználása mellett ui. éppen a legeldurvultabb lelkiületű, a társadalmomra leginkább veszélyes elemek kerülnek szabadlábra vagy kapnak enyhe büntetést, és azokból vesznek ki "beismerő" vallomást, akik gyakorta csupán a fájdalom hatására nyilatkoztak - nem ritkán valótlan.

A tortúra eltörlését Nagy Frigyes kezdte meg 1740-ben, trónra lépésének harmadik napján. Példáját egyre több tartomány követte, de még a múlt század elején is akadt példa elrendelésére, mígnem utolsóként (1828) Gotha is felhagyott vele. E kegyetlen vallatási módszer kiiktatása természetesen haladásnak tekinthető, a jogszolgáltatás azonban igen nehéz helyzetbe került: kiesett kezéből az a mankó, amelyre évszázadokon keresztül biztosan támaszkodhatott éppen a bizonyítási szempontból legnehezebb ügyekben. A tortúra eltörlése ui. sehol sem egy átfogó perjogi reform részét képezte; a kötött, törvényi bizonyítási rendszer lényegében teljesen érintetlen maradt, csupán egyik pillérét emelték ki. Nem meglepő, hogy a *iurisdictio* jelentős mértékben elbizonytalanodott. Nem tudott igazán mit kezdeni azokkal az ügyekkel, amelyekben kétségtelen jelek mutattak a vádlott bűnössége felé, a teljes bizonyítottság szabott feltételei azonban nem teljesültek. A megszokott beidegződéseknek engedelmessé a bíróság ilyenkor rendszerint nem helyezte szabadlábra a vádlottat, hanem *poena arbitraria* alkalmazásával olyan szankciót rendelt, amely mindig enyhébb volt a törvény teljes szigorával lesújtó *poena ordinaria*-nál (halálbüntetés sosem lehetett), ellenben büntetést jelentett azoknak is, akik esetleg ártatlannak voltak vagy bűnösségük a vélelmezettnél erősebb bizonyítottságot nem nyert. Ezt a büntetiskiszabási gyakorlatot nevezte a német tudományosság a 19. század végétől "gyanúbüntetésnek", jelezve ezzel, hogy e jogintézmény a nem teljesen bizonyított tényállások sajátos szankcionálására szolgált.

A "gyanúbüntetés" tehát a német büntetőjog fejlődésének egy olyan fázisára volt jellemző, amikor bizonyításjogi szempontból vákuum támadt: eltöröltették a tortúra, amely

a német inkvizitórius eljárás pótolhatatlannak tűnő láncszeme volt, viszont még nem történt meg az a gyökeres átalakulás a perjogban, amely a bizonyítékok szabad mérlegelése elvének győzelemre jutását jelentette. A bíróságoknak igazából egészen 1848-ig a még a *Carolinában* lefektetett és azóta csak keveset módosult bizonyítási rendszer keretei között kellett dolgozniuk, "leghűségesebb" munkaeszközüket azonban a felvilágosodás időszakától már nélkülözniük kellett. A gyanús, veszedelmesnek ítélt vádlottakat semmiképpen sem szerették volna felmenteni - a gyanút is jogalpnak tekintették tehát a büntetés kiszabására.

Volt egy további körülmény azután, amely szintén abba az irányba hatott, hogy a gyanúsított, bíróság elé állított személyeket ha nem is a törvény teljes súlyával, de érzékenyen megbüntessék: a feudális abszolutizmus feltétlen igénye arra, hogy az élet minden területén éreztesse hatalmát, jelenlétét. A feudális állam eme utolsó korszakában jócskán kiéleződtek a társadalmi ellentétek. A magát általában nem megalapozatlanul felvilágosultnak tekintő, racionálisan cselekvő állam polgárait továbbra is alattvalónak tekintette. Legalábbis azokat, akik egy vád tárgyává tett bűncselekmény kapcsán magukat gyanúba keverték. Az a gondolat, hogy a társadalom tagjai, az állam polgárai valóban egyenlők, azonos jogok birtokosai legyenek az evidencia erejével - és éppen azokban a helyzetekben, amikor egy személy erre a leginkább rászorul, még úgyszólván ismeretlen volt. Sőt, éppen ellenkezőleg gondolkodtak: aki gyanúba keveredett, gyakorlatilag már ennek folytán kirekesztette magát a szabad polgárok közösségéből.

A hagyományos büntetésorientált szemlélet párosulva az abszolutista állam ezzel egyirányú büntetési igényével azt az ismert felfogást tartotta életben, hogy inkább néhány ártatlan is bűnhődjön, hogysem egyetlen bűnös is elkerülje megérdemelt büntetését. A közbiztonság állam által fetiszizált szempontja ezt a felfogást tekintette helyesnek. Azt a kérdést nem vizsgálták, hogy a megalapozatlanul megbüntetettek micsoda igazságtalanságot kell, hogy elviseljenek. A polgári forradalmak kellettek ahhoz, hogy határozottan új alapokra helyezzék a jogbiztonság ügyét. Radikálisan szakítani kellett évszázados reflexekkel. Hogy milyen horderejű kérdésekről volt szó, azt mutatja, hogy a büntető perjog polgári alapelvei - ártatlanság vélelme, törvény előtti egyenlőség, *nullum crimen, nulla poena sine lege* stb. - egytől-egyig alkotmányos alapjogként nyertek meghatározást. A büntetőjog reformja elválaszthatatlan volt az alkotmány reformjától.

Az angolszász gondolkodásban olyannyira hangsúlyos individuális szemlélet fontos szerepet kapott e reformfolyamatban. Az egyén személyes méltóságát, szabadságjogait kiemelő megközelítés be kellett, hogy hatoljon a kontinens belsejébe is. Látható volt, hogy sem a gazdasági, sem a társadalmi, politikai és jogi továbblépés nem térhet ki kihívása elől: a megcsontosodottan, görcsösen biztonsgáppárti szemléletet fel kellett "áldozni" a szabadság, a kockázatvállalás oltárán. Hosszú út vezetett azonban addig, míg elfogadottá vált a tétel: inkább kilencvenkilenc bűnös kerüljön szabadlábra, hogysem egyetlen ártatlan bűnhődjön.

A "gyanúbüntetés" az a jogintézmény volt tehát, amely első megközelítésben egy perjogi szituációra vonatkozott. A fogalmat a mai német szakirodalom is töretlenül így használja.

A kérdéssel való beható foglalkozás során azonban lehetetlen volt észre nem venni, hogy ez a fogalmi megragadás csupán a jéghegy csúcsa: a háttérben munkáló erőket és szemléletmódot kell először feltárni és elemezni, utána szabad csak visszatérni a kézzel foghatóbbhoz. A háttérből azt a szemléletet kell kiemelni, amely röviden így mondható: a bűnösség vélelme.

Ha meggondoljuk, ez a vélelem egy teljesen logikus és egyszerű vélekedésen alapuló intézmény. Hiszen egy valószínű tényállás és bűnösség nyomán került az esetek nagy számában a múltban is a vádlott a bíróság elé. Különösen a dolgozatban vizsgált időszakban (1740-1848) már alapos, minden részletre kiterjedő vizsgálat előzte meg a vádlott bíróság elé állítását. Természetesnek tekinthető, hogy a bíróság a bűnösséget vélelmezte - de kivételektől eltekintve csak vélelmezte, ellenkező bizonyításnak természetesen helye volt. Azt kell mondanunk, hogy ez a szemlélet mégis mélységesen hibás volt.

Garanciális szempontból és bizonyítási jogi tekintetben ui. óriási a különbség aközött, hogy a vádlottnak kell-e ártatlanságát bizonyítania, avagy a vád képviselőjét terheli-e ennek feladata. Egy sor bűncselekmény esetén, mint a dolgozatban részletesen vizsgált csecsemőgyilkosságnál, maga a tényállás olyan, hogy számba vehető bizonyíték szinte elő sem fordulhat - tekintve, hogy e cselekményt többségében a legnagyobb titokban, rejtve követik el (ez a körülmény gyakran a bűncselekmény tényállási elemének is számított). Perdöntő tehát a bíróság alapállása: a vádlott ártatlanságából vagy bűnösségéből indul-e ki?

A hagyományokat követő praxis tehát - és javarészt az elmélet is! - a bűnösséget vélelmezte. Ebből a megközelítésből jónéhány olyan jogintézmény származott, amelyek egy átfogóbb kategória felállítását igénylik: ezt nevezem disszertációmban úgy, hogy "gyanúbüntetés" tágabb értelemben. Míg a szoros értelmezés megmarad a per jog területén, e tágabb az anyagi jog kategóriáit is tekintetbe veszi. E felismerés alapja az, hogy a bűnösség vélelmezése talajából olyan jogintézmények nőttek ki, amelyeknek kapcsolata e vélelemmel félreismerhetetlen, másrészt olyan eszközöket használnak, amelyeknek szankció-jellege szembetűnő.

Az első jogintézmény, amelyet e tágabb értelemben vett "gyanúbüntetés" kategóriájába soroltam és alapos vizsgálat tárgyává tettem, a *tortúra*. A kínvallatás intézményének egyik legfontosabb formai eleme az a korabeli álláspont, amely nem tekintette büntetésnek. A szó szoros értelmében valóban nem lehetett annak tekinteni, hiszen jóval az ítélet meghozatala előtt rendelték el és a tortúra bevallott alkalmazási célja éppen az volt, hogy segítségével megalapozott ítélet lehessen hozni. Úgy gondolom azonban, hogy a kínvallatásnak e kategóriába való sorolása egészen természetes. A büntetés fogalmát a dolgozatban teljesen általánosan használom. Értek alatta mindenféle tudatos, a jogszolgáltató hatóságok által alkalmazott hátrányt. Tudatában vagyok annak, hogy a büntetésnek ez a fogalmi megragadása merőben korszerű és nagy hiba volna szempontjait körültekintés nélkül visszavetíteni korábbi évszázadokba. A "gyanúbüntetés" tágabb kategóriájának megalkotásakor erre a veszélyre különösen érzékenynek kell lenni, a szükséges reflexiót törekedtem következetesen kifejezésre juttatni.

A büntetésnek az a megközelítése, amit fentebb vázoltam és ami a "gyanúbüntetés" tágabb értelmezési lehetőségének alapjául szolgál, a 18. században szinte teljesen ismeretlen volt - majd csak a 19. század elejének kriminalistái kezdik felvetni ezt a szempontot. Az alattvalóként kezelt és javarészt előre bűnösnek tekintett vádlott ellen

különösebb aggály nélkül alkalmazhatónak tartottak olyan kényszerítő eszközöket, amelyek - akár fizikai fájdalom előidézése révén is - alkalmasnak mutatkoztak a tárgyi igazság, a tényállás kiderítésére vagy a bűnösség beismertetésére. A tortúra a 16. századtól fő szabály szerint kizárólag az utóbbi, a beismerő vallomás kiszorítása végett volt elrendelhető (tehát pl. tettestársak megnevezése, a rablott értékek rejtékhelyének felfedése stb. céljából nem lehetett elrendelni). Tudnunk kell, hogy bár a tortúrára a 18. században többnyire orvosi felügyelet mellett és előzetes vizsgálat után került sor (így pl. állapotos nőt tilos volt alávetni), olyan gyötrelmeket jelentett, amelyeket mai szemléletünk joggal tekinthet büntetésnek. Nem gondolom, hogy a kortársaknak ettől gyökeresen eltérő véleményük lett volna - ilyen cinizmust nem tételezhetünk fel azokról a jogalkotókról, elméleti és gyakorlati szakemberekről, akik nap mint nap találkoztak vele. Inkább "a cél szentesíti az eszközt" szemlélet szőnyege alá söpörték be fel-feltörő kételyeiket vagy az a megfontolás adott jó lelkiismeretet, hogy a minden valószínűség szerint bűnös vádlott jól megérdemelt büntetésének egy részét, kicsit "előrehozva" viseli el. Ez utóbbi gondolat azért is figyelemre méltó, mert választ ad arra a kérdésre is: mi van akkor, ha a megtortúrázott kitart ártatlanságának hangoztatása mellett? A 18. századi joggyakorlat - szakítva a *Carolina* előírásával - ilyenkor *poena extraordinaria* kiszabását rendelte el. Ha felmentette volna a vádlottat, nyíltan deklarálva ártatlanságát, szembekerült volna magának a tortúrának a jogintézményével: milyen jogcímen alkalmazhatta egy ártatlannal szemben? Ezek olyan logikus összefüggések voltak, amelyeknek feloldása csakis a *poena extraordinaria* keretei között volt kivitelezhető. A tortúrának ez a szankció-jellege fontos kiemelést kap azután azokban az elméleti vitákban, amelyek a tortúra eltörlése körül bontakoztak ki.

A következő, a "gyanúbüntetés" tágabb kategóriájába sorolt jogintézmény az engedetlenség büntetése (Ungehorsamsstrafe) volt. Ez egy önálló bűncselekményi alakzat, gyakorlatilag azokat a tényállásokat ölelte fel, amelyek a per során, a vádlott nem megfelelő magatartására vonatkoztak. Olyan vádlotti magatartást rendeltek büntetni, amelynek lényege a bíróság munkájával való együttműködés megtagadása vagy annak megnehezítése volt. A polgári kor büntető perjoga az állampolgári jogegyenlőség és az ártatlanság vélelmének talajáról kiindulva jogszerűnek ismeri el azt a vádlotti magatartást, amely például teljesen passzív. Nem így volt ez hajdanán: az alattvaló egyik legelső kötelessége volt a hatóságok munkájának segítése. A bíróság hatalmi, hatósági jellegét senki nem kérdőjelezte meg. Magától értetődőnek tekintették hát, hogy a vádlott elemi kötelességei közé tartozik a jóhiszemű, aktív, a valóság kiderítését segítő magatartás. Ha erre nem hajlandó, méltó a büntetésre.

Az ehelyütt büntetendő tényállások két csoportba sorolhatók: az egyikbe tartoznak azok, amelyek a vádlott verbális megnyilatkozásaira vonatkoznak, a másikba pedig a magatartást illetők. A vádlottnak mindenekelőtt kötelessége volt pozitíve vallomást tenni - nem hallgathatott. Ha egyszerűen megtagadta a vallomást, ezt úgy értékelték, mint jogtalan, büntetésre érdemes magatartást. Ugyanígy jártak el, ha a vádlott magát betegnek (különösen elmebetegnek), süketnek, némának tette. A másik eset magára a konkrét viselkedésre, a vádlott perbeli magatartására vonatkozott. Itt említendő a kiabálás, szökési próbálkozás, a bíróság személyzetével való dulakodás stb. Ehelyütt kétségkívül megjelennek olyan alakzatok is (mint pl. ha a vádlott tetteleg bántalmazza a bírót vagy a bíróság személyzetét), amelyek túlmutatnak a "gyanúbüntetés" fogalmi keretein és adott esetben elhatárolást igényelnek.

Az engedetlenség büntetésül rendszerint botozást rendeltek el. A kor irodalmából jól kivehető, miként kezdett határozottan reflektálódni e büntetés jogalapja törvényességének kérdésessége - éspedig a tortúrával való összehasonlítás tükrében. Az ui. nyilvánvalóan csak egy merőben formai különbözőség volt, nem lényegi eltérés, hogy a tortúránál csigázták, gyertyalánggal égették a vádlottat, az engedetlenség esetén pedig botoztak. A hasonlóság szembeötlőbb volt: mindkét esetben olyan vádlottat "büntettek", akivel "baj volt". Mégsem mondható, hogy a korszak jogtudósai egy véleményen lettek volna. A dolgozatban két reprezentáns véleményt vetek össze, ami némi meglepetéssel is szolgál: a modern polgári szemléletet valló porosz igazságügyminiszterét - Albrecht Heinrich von Arnim - és a messze földön híres heidelbergi professzor, Carl Anton Joseph Mittermaierét. Az előbbi mai felfogásunkhoz teljesen közelálló álláspontot képviselt, míg Mittermaier gondolkodására erősebben rányomta bélyegét az etatista látásmód.

Arnim az 1799. február 26-i porosz kormányrendeletet érintő részletes kritikájában tér ki a fenti problémára és pontosan kimutatja, hogy az eltörölt tortúra és az e rendelettel bevezetett, akár határozatlan vádlotti válaszadás esetén is elrendelhető botozás között semmiféle lényegi különbség sincs. Sőt, talán még veszélyesebb eszközt vezet be a jogalkotó, hiszen míg a tortúránál nagyon pontos, részletes és a több évszázados gyakorlat során rögzült szabályokat kellett alkalmazni, itt a bírói önkénynek majdnem teljes szabadság adatik. Amellett nem lebecsülendő az a káros hatás sem, ami abból ered, hogy ha a bíróságon verik a vádlottakat, annak az lesz a következménye, hogy más, alacsonyabb rangú hatóságok is feljogosítva érezhetik magukat hasonló eljárásra.

Mittermaier más véleményen volt: lehetetlen, mondja, hogy ha a tortúrát el is töröljük, ne adjunk egyszersmind valamiféle hatékony eszközt a bíróság kezébe azok ellen, akik vádlottként (Mittermaier "bűnelkövetőt" [Verbrecher] ír - prejudikál!) csökönyösen tagadnak, kérdésekre nem válaszolnak és minden lehető módon megnehezítik a bíróság munkáját. Az efféle engedetlenséget *quasi delictum*ként kezeli, s mint ilyent, büntetendőnek ítél. A tortúrától azonban világosan elhatárolja.

A "gyanúbüntetés" egy további, gyakran alkalmazott formája volt a feltételes szabadlábrahelyezés egy korai változata (Instanzenbindung). Ez a jogintézmény azt jelentette, hogy amennyiben a vádlott ellen még "fél-bizonyíték" sem áll rendelkezésre (megléte esetén rendelték el a tortúrát, ill. később ekkor szabtak ki *poena extraordinariat*), bűnössége irányába azonban számos gyanújel mutat, "eloldják" ugyan a bíróságtól, az eljárást azonban bármikor folytatni lehetett ellene. Damoklész kardja függ tehát a terhelt feje felett, ami legalább két dolgot jelentett: az eljárás során addig felmerült bizonyítékok és gyanújelek korlátozás nélkül újra elővehetők, valamint a teljes időbeli korlátlanyságot. A vádlott kiszolgáltatott állapota ilyen körülmények között nem szorul bizonyításra.

Volt még egy olyan válfaja is a "gyanúbüntetés" tágabb kategóriájának, amely körül heves szakmai viták bontakoztak ki már akkoriban is, megítélésük azonban e szempontból ma sem egyértelmű: az ún. biztonsági intézkedésekről (Sicherungsmittel) van szó. Ide azok az igen gyakran nem is bíróságok által elrendelt intézkedések tartoznak, amelyekre a közbiztonság vélelmezett szempontjai miatt van szükség. A büntetőjog elsőrendű feladatai közé sorolták mindenkor a köz védelmét - itt e szempontok egy megelőző típusáról van szó. Minden büntetőjogi szankció egyik célja - ma is - kétségkívül ez. Esetünkben azok kerültek efféle biztonsági intézkedések hatálya alá, akik ellen még szabályos bűnvádi eljárás sem indult, ám fölöttébb gyanús életvitelük, társadalmi helyze-

tük, egzisztenciális körülményeik folytán föltehető volt, hogy vagy máris elkövettek bűncselekményeket vagy előbb-utóbb erre vetemednek. A társadalom periferiára sodródott elemeit érintették ezek a rendelkezések, akiktől a "jó polgárok" biztonságban szerették volna tudni magukat. Az (abszolutisztikus) állam senki által nem vitatott joga volt "polgárait" a gyanús és veszélyes emberektől megvédeni - ebből pedig okszerűen következett, hogy a cél érdekében bizonyos kényszerítő intézkedések megtételére is jogosult.

A leggyakrabban alkalmazott intézkedések közé tartozott a kaució letételére kötelezés és a rendőri felügyelet alá helyezés. Az előbbinek gyakori példája volt, hogy nem a gyanúsított, hanem helyette valaki más helyezte le a kaució összegét - ez esetben az illető bizonyos személyes garanciát is vállalt "védencéért".

Önállóan kell szólni arról az esettípusról, amely lényegét tekintve teljesen megegyezik az előzővel; itt azokat az eseteket tárgyalom, amelyeket sohasem rendőrségi hatáskörben intéztek el, hanem törvényi tényállások képezték az eljárás alapját. Az ide sorolt "cselekmények" gyakran semmiféle effektív büntetendő magatartást sem valószínűsítettek meg, csupán a vádlottak személye alapozta meg a szankciót. A középkortól rossz szemmel nézett (főként a külföldi) koldusok, csavargók, naplopók voltak a kiszemelt áldozatok. Pusztán életvitelük vagy társadalmi helyzetük miatt lettek nemcsak kiközösítve, hanem valóságos bírói eljárás alá vonva és megbüntetve. Szankcionálásuk mindig lépcsőzetes volt: először elűzték őket a városból vagy a tartományból; a "visszaeső" koldusok stb. (Müßiggänger) pedig ennek megismétlése előtt kemény botozást is elszenvedtek. A társadalom peremén élők elleni efféle fellépés a középkorban általános volt (Verfahren gegen landschädliche Leute), azonban fokozatosan elhalt; a 18. században már csak a tradicionális német jog (gemeines Recht) két nagy kései összefoglalása, az 1751-es bajor és az 1768-as osztrák kódex szabályozza - az újabb jogforrások már nem tesznek róla említést.

3

Önálló fejezetet szenteltem a disszertációban egy pályázat elemzésének, amelyet a német szakirodalomban máig senki nem végzett el, csupán néhány utalás történt rá. Egy 1798-ban frissen alapított büntetőjogi szakfolyóirat, az *Archiv des Criminalrechts* írta ki az alábbi címmel: "Mennyiben igazolható a rendkívüli büntetés?" A rendkívüli büntetés (außerordentliche Strafe = *poena extraordinaria*) kifejezés a "gyanúbüntetés" megjelölésére szolgált és a pályázat nem titkolt céljául azt a feladatot tűzték ki a folyóirat neves szakértő szerkesztői (Ernst F. Klein és Gallus A. Kleinschrod), hogy a pályamunkák készítői keressenek és dolgozzanak ki megoldásokat arra nézve, miként lehetne a rendkívüli büntetést kiiktatni a jogrendszerből. Valójában arra kerestek "ötleteket", hogyan lehetne a tortúra eltörlése után kátyúba került büntető jogszolgáltatás szekerét kimozdítani és továbblendíteni.

A kifrásra összesen négy pályamű érkezett be, ami nem nagy szám, de tekintetbe kell vennünk, hogy meglehetősen nehéz, szakjogi kérdésről volt szó és a dolgozatok mind igen színvonalasak voltak. Ehelyütt részletesen nem térek ki ismertetésükre, csupán a belőlük leszűrhető tanulságokat összegezem.

A pályamunkák nagyon különbözőek voltak - mind terjedelemben (Eisenhart

díjnyertes dolgozata például egymaga hosszabb volt, mint a másik három értekezés együttvéve), mind a felvetett kérdés megközelítését illetően. Két dologban azonban valamennyi szerző egy véleményen volt:

a) mindenekelőtt abban, hogy az államot feltétlenül meg kell, hogy illesse az a jog, hogy polgárait a veszélyes és gyanús emberektől megvédje;

b) továbbá abban sem volt nézetkülönbség, hogy a rendkívüli büntetés (= "gyanúbüntetés") intézményes kiiktatása esetén az esküdtbíráskodás nem töltheti be az annak helyén támadt űrt.

Az elsőként említett megfigyelés arra mutat, hogy a német jogi gondolkodás a 19. század elejére nagyjából egységesen azt az álláspontot képviselte, hogy a rendkívüli büntetést, mint büntetést fel kell váltani egy olyan jogintézménnyel, amelynek szankciójellege kézzelfogható, ugyanakkor karakterében inkább a megelőző jelleg dominál. Nem arról volt egészen szó, hogy pusztán új nevet kapott a "gyanúbüntetés" (számos esetben persze ez volt a helyzet), hanem bizonyos szemléleti hangsúlyeltolódás is érzékelhető. A törvényszabta bizonyítási renden belül megtehető legnagyobb lépésre vállalkozott a négy pályamunka: a szabad bírói mérlegelés elvének bevezetése hiányában is sikerült egy olyan jogintézményre áttolni a bizonyításjogi problémát, amely a szorosan vett büntető(per)jog keretein kívül esett és preventív jellegénél fogva olyan tág értelmezési lehetőségeknek adott helyet, amelyben bőven elfért a "gyanúbüntetés" ügye is. Úgy érveltek, hogy a "gyanúbüntetés" kérdéséhez másként kell közeledni: nem perjogi, bizonyításjogi problémaként kell kezelni, hanem jóval tágabban - mindenképpen megoldandó jogpolitikai kérdésként. Nem az a legfőbb nehézség, hogy a bíró a hagyományos eljárásjogi rendben képtelen megalapozott, a törvényi feltételeknek megfelelő ítéletet hozni, hanem az, hogy a szóban forgó ügyek terheltjeivel a hatóságoknak valamit tenni *kell*. Általános meggyőződés szerint ui. az efféle gyanús és veszélyes elemek olyan mértékben fokozott veszélyt jelentenek környezetükre, ami ellen az államnak kötelessége védelmet nyújtani. De milyen jogcímen? Biztonsági intézkedések jogcímen - válaszolták a pályamunkák készítői, a kor haladó jogi gondolkodásának általános felfogását tükrözve.

A másik megfigyelés kisebb igényű, ám elgondolkodtató. Valamennyi szerző egyértelműen elutasította az esküdszék bevezetésének gondolatát - még hozzá nemcsak speciálisan a "gyanúbüntetés" kiküszöbölése végett, hanem általánosságban is. Érvelésük azonban felszínes és igen röviden elintézik a kérdést. Szemmel láthatóan nem figyeltek fel arra, hogy az esküdtbíráskodás intézményes megoldási alternatívát nyújthat az évszázados bizonyításjogi keretek (béklyók) közt működő jogszolgáltatásnak. Az esküdszékben csupán laikusok testületét látták, amely nemcsak dilettáns, hanem egyben könnyen manipulálható is. Következésképpen nemcsak alkalmatlan, hanem egyenesen veszélyes jogintézmény. A szerzők álláspontja azt az illúziót tükrözte, hogy a hagyományos német perjogi dogmatika alapjaiban jó, csak modernizációra szorul. Pedig éppen a dogmatikai alapokkal volt gond.

Végezetül egy paradigmátikus fejezetet is illesztettem a dolgozathoz, amelyben egy konkrét bűncselekmény beható elemzése során igyekeztem a "gyanúbüntetés" problematikáját illusztrálni. Az eladdig meglehetősen elvont, dogmatikai fejtegetéseket jól feloldotta

egy olyan cselekménytípus bemutatása, amely önmagában is hallatlanul érdekes társadalom- és jogtörténeti összefüggéseket tartogat az olvasónak. (E fejezet főbb kérdéseit egy Hollandiában tartott német jogtörténeti konferencián közreadott tanulmányomban foglaltam össze, ld.: *Die verheimlichte Schwangerschaft und Geburt als delictum sui generis*, in: *Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. bis 28. September 1990*. Hrsg. P.Nève und Ch.Coppens, Nijmegen 1992. S. 265-283.)

A szóban forgó cselekmény a terhesség és/vagy a szülés eltitkolása. Ez a várandós anyák által elkövetett és a keresztény középkortól bűncselekmény (*crimen peccatum est*) kiválóan alkalmas a "gyanúbüntetés" összes dogmatikai és praktikus problémájának szemléltetésére. A terhesség, de különösen a szülés eltitkolását önmagában büntetendőnek ítélték, s ha az újszülött meghalt, ill. egy csecsemőt holtan találtak, vélelmezték az anya gyilkos szándékát vagyis magát a gyilkosságot. A csecsemőgyilkosság a legsúlyosabb bűncselekmények közé tartozott, hiszen nemcsak egy teljesen kiszolgáltatott, magatehetetlen ember a sértett, aki rendszerint undok körülmények között halt meg (kútba dobták, árnyékszékbe ejtették stb.), hanem aki ráadásul a keresztiség szentségében sem részesülhetett életében. A büntetés rendesen a karóba húzás volt, de Carpzow óta bizonyítottan alkalmazták az ókori eredetű *poena culei* rettenetes büntetését is, a délnémet-svájci területeken pedig szokás volt az élve eltemetés is.

Természetesen minden bűncselekményt igyekeznek az elkövető titokban végrehajtani, a terhesség és a szülés eltitkolásánál azonban ez a körülmény egyenesen tényállási elem volt. Ritka érdekes, máig teljességgel meg nem magyarázott jelenség volt a 18. században a gyermekölések (csecsemőgyilkosság) büntényének járványszerű elszaporodása. A jogalkotók fokozódó szigorral próbálták meg visszaszorítani, vajmi kevés eredménnyel. Tetézte a bajt, hogy éppen a jelzett időszakban kezdték a német tartományok a tortúrát eltörölni, a bizonyításjogi vákuum tehát a bűncselekménynél különösen szomorú következményeket vont maga után. Súlyos büntetéssel fenyegették a terhesség pusztá eltitkolását is, hiszen gyilkos szándékot vélelmeztek mögé - akkor is, ha a csecsemő rendben megszületett és a haja szála sem görbült meg. Ennyit tett, hogy a bűnösséget vélelmezték és nem az ártatlanságot. Nemcsak bizonyítási kötelezettség, a bizonyítás terhe is a vádlott anyán nyugodott: ha nem sikerült ártatlanságát vagy bűnösségének csekélyebb fokát bizonyítania, lesújtott rá a törvény szigora.

Az ártatlanság bizonyítása önmagában is nehéz feladat, a bűncselekménynél azonban még speciális nehezék is volt. A vádlott anyák ui. szinte kivétel nélkül arra hivatkoztak, hogy gyermekük holtan született, s csak szégyenérzetük miatt "rekcentették" el. A nehézség abban állt, hogy a hónapokon át tartó szorongás, rejtegetés hatására bizonyosan igen sok koraszülés történt és az újszülötthalandóság ilyen esetekben az átlagosat lényegesen meghaladta. A vádlottak tehát bizonyos, hogy gyakran valóban igazat mondtak. A korabeli orvosszaktérítő módszerek azonban igen kezdetlegesek voltak (jóformán csak az ún. tüdőpróbát alkalmazták), a bizonyítás tehát tárgyszerűségben nem sokat haladhatott előre. Maradt a vélelem - a bűnösség vélelme.

Ez a bűncselekménycsoport tehát jellegénél fogva és az említett körülmények folytán töményen tartalmazta mindazt a bizonyításjogi nehézséget, ami életre hívta a szorosan értelmezett "gyanúbüntetés" jogintézményét. Érdekes módon a cselekmények gyakorisága a múlt század közepére jelentősen visszaesett, mára pedig szinte teljesen eltűnt. Mély nyomokat hagyott azonban maga után a törvényhozás szintjén is: erre utal a

tény, hogy az újszülöttölés ma is önálló törvényi tényállás a hatályos német büntető törvénykönyvben (Kindestötung § 217).